

DIE VERLETZUNG DES § 55 StPO
ALS REVISIONSGRUND

an Hand des Beschlusses des Großen Senats
für Strafsachen des BGH vom 21.1.1958

- GSSt 4/57 -

von

HANS SCHÜTZ

aus Kirchehrenbach (Oberfranken)



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548821_0064

Die Verletzung des § 55 StPO als
Revisionsgrund

(an Hand des Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen des BGH vom 21. 1. 1958 - GSSt 4/57 -)

Inaugural-Dissertation
der Juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexander-Universität
zu Erlangen

vorgelegt von
Hans Schütz
aus Kirchehrenbach
(Oberfranken)

Approbiert am: 12. Juli 1960



Referent: Prof.Dr.Hans-Jürgen B r u n s
Dekan: Prof.Dr.Hans S p a n n e r

Inhaltsübersicht

I.

Entwicklung und Bedeutung des Problems.

II.

Die Auslegungsmethode.

III.

Die Auslegung nach

- a) dem Wortlaut,
- b) der Entstehungsgeschichte und
- c) nach dem Wesen und Zweck des Gesetzes
ergibt, daß § 337 StPO ein allgemeines Rück-
gerecht bei Verfahrensverstößen normiert.
- d) Das gefundene, verfassungskonforme Ergebnis ist auch prakti-
kabel.
- e) Stellungnahme der Literatur und Judikatur.

IV.

Auseinandersetzung mit der "Rechtskreistheorie" des BGH zu § 337 StPO.

- a) Begründung des BGH.
- b) Stellungnahme zu den Gründen des BGH.
- c) Untersuchung des Begriffes "Rechtskreis".
- d) Berührung des außerprozessualen "Rechtskreises" und Revision.
- e) Berührung des prozessualen "Rechtskreises" und Revision.
- f) Das Auslegungsergebnis des BGH ist nicht verfassungskonform.

V.

Auslegung des § 55 StPO durch den BGH und Stellungnahme dazu.

- a) Begründung des BGH.
- b) Die Verweigerungsrechte nach §§ 52 und 55 StPO und der Schutz der Wahrheitsfindung.
- c) Zwischen den Rechten nach § 52 und § 55 StPO bestehen keine Wesensunterschiede.
- d) Stellungnahme der Literatur.

VI.

Die Revision bei Verletzung des § 55 StPO.

- a) Revision bei Verstößen im Zusammenhang mit § 55 StPO.
- b) § 55 StPO enthält ein Beweisverbot; die Verletzung desselben rechtfertigt die Revision.
- c) Bei einem Verstoß gegen die Belehrungspflicht des § 55 Abs. 2 StPO ist gleichfalls die Revision zulässig.
- d) Umfang des Verwertungsverbots aus § 55 StPO.

VII.

Schlußbetrachtung.

L i t e r a t u r

- A l s b e r g - N ü s e :** A l s b e r g , Max und N ü s e , Karl-Heinz.
Der Beweis Antrag im Strafprozeß, 2. neubearbeitete Auflage von Karl-Heinz N ü s e ,
Köln 1956.
- B e l i n g :** B e l i n g , Ernst.
a) Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung
im Strafprozeß, Abhandlungen, Heft 46, Breslau 1903.
b) Revision wegen Verletzung einer Rechtsnorm über das
Verfahren im Strafprozeß, Beitrag zur Festschrift für
Karl B i n d i n g , Bd.II, Leipzig 1911.
c) Deutsches Reichsstrafprozeßrecht, Berlin und Leipzig
1928.
- B e n n e c k e - B e l i n g :** B e n n e c k e , Hans und B e l i n g ,
Ernst. Lehrbuch des Deutschen Reichs-
Strafprozeßrechts, Breslau 1900.
- B o n n e r K o m m e n t a r :** A b r a h a m , B ü h l e r ,
D e n n e w i t z , H e r r f a h r d t ,
H o l t k o t t e n , K e r n , L a u n ,
M e d e r , M e i ß n e r , M e n -
z e l , S c h n e i d e r , S c u -
p i n , W e r n i c k e . Kommentar
zum Bonner Grundgesetz, redaktionelle
Bearbeitung d.B. D e n n e w i t z ,
Hamburg 1950.
- D r u c k s a c h e n d e s D e u t s c h e n B u n d e s t a g s ,** Bad Godesberg.
- E r b s :** E r b s , Georg. Handkommentar zur Strafprozeßordnung,
Frankfurt/Main und Bonn 1950.
- G a g e - S a r s t e d t :** G a g e , Kurt und S a r s t e d t , Werner.
Die Revision in Strafsachen von Kurt
G a g e , 2. neubearbeitete Auflage von
Werner S a r s t e d t , Essen 1953.
- G e r l a n d :** G e r l a n d , Heinrich. Der Deutsche Strafprozeß,
Mannheim 1927.
- G l a s e r :** G l a s e r , Julius. Beiträge zur Lehre vom Beweis im
Strafprozeß, Leipzig 1883.
- G o l d s c h m i d t :** G o l d s c h m i d t , James. Der Prozeß als
Rechtslage, eine Kritik des prozessualen
Denkens, Abhandlungen aus der Berliner
juristischen Fakultät, Bd.II, Berlin 1925.
- H a h n :** a) Die gesamten Materialien zur StPO, Berlin 1881.
b) Die gesamten Materialien zur ZPO nebst dem Einführungs-
gesetz zu derselben, Berlin 1880.
- v. H i p p e l :** v. H i p p e l , Robert. Der Deutsche Strafprozeß,
Lehrbuch und Nachtrag, Marburg 1941 bzw. 1943.
- K M :** K l e i n k n e c h t , Theodor und M ü l l e r , Hermann.
Kommentar zur StPO und zum GVG , 4. neubearbeitete und erweiterte
Auflage, Darmstadt, Nürnberg, Düsseldorf, Berlin 1958.

- Leipz. Kommentar:** Ebermayer, Ludwig, Lobe, Adolf, Rosenberg, Werner, fortgeführt von Nagler, Johannes. Strafgesetzbuch, 8. neu bearbeitete Auflage, Berlin 1957.
- Loewenstein:** Loewenstein, Siegfried. Die Revision in Strafsachen, 2. vermehrte und berichtigte Auflage, Berlin 1919.
- Löwe-Rosenberg:** Löwe, Hellweg, Rosenberg. Die Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich.
a) 15. Auflage, bearbeitet von Werner Rosenberg, Berlin und Leipzig 1922,
b) 20. völlig umgearbeitete Auflage, herausgegeben von Emil Nietzhammer, Berlin 1958.
- Mangoldt-Klein:** v. Mangoldt, Hermann und Klein Friedrich. Das Bonner Grundgesetz, 2. neubearbeitete und vermehrte Auflage von Friedrich Klein, Berlin und Frankfurt 1957.
- Mannheim:** Mannheim, Hermann. Beiträge zur Lehre von der Revision wegen materiellrechtlicher Verstöße, Abhandlungen aus der Berliner juristischen Fakultät, Nr. 3, Berlin 1925.
- Neukamp:** Neukamp Ernst. Das Rechtsmittel der Revision im Zivil- und Strafprozeß, Beitrag zur Festschrift für Adolf Wach, Leipzig 1913.
- Niese:** Niese, Werner. Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen. Ein Beitrag zur allgemeinen Prozeßrechtslehre, Jurisprudenz in Einzeldarstellungen, Bd. III, Göttingen 1950. 1952.
- Peters:** Peters, Karl. Strafprozeß. Ein Lehrbuch. Karlsruhe/
- Eberhard Schmidt:** Schmidt, Eberhard. Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz, 2 Teile, Göttingen 1957.
- Schwarz:** Schwarz, Otto. Strafprozeßordnung mit Gerichtsverfassung und Nebengesetzen, 16. neubearbeitete und 21. neubearbeitete Auflage, München und Berlin, 1953 bzw. 1959
- Schwinge:** Schwinge, Erich. Grundlagen des Revisionsrechts, Rechtsvergleichende Untersuchungen zur gesamten Strafrechtswissenschaft, Nr. 4, Bonn 1935.
- Zachariae:** Zachariae, Heinrich Albert.
a) Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens. Göttingen 1846.
b) Handbuch des deutschen Strafprozesses. Göttingen 1861 (Bd. I) und 1868 (Bd. II).
-
- Entscheidungen und Zeitschriften:**
BayObLG: Bayerisches Oberstes Landesgericht.
BGH St: Bundesgerichtshof in Strafsachen.
BVerfG: Bundesverfassungsgericht.

DÖV: Die öffentliche Verwaltung.
DRiZ: Deutsche Richterzeitung.
GA: Goltdammers Archiv für Strafrecht.
JR: Juristische Rundschau.
JurW: Juristische Wochenschrift.
JZ: Juristenzeitung.
LM: Lindenmaier-Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofs.
MDR: Monatsschrift für Deutsches Recht.
NJW: Neue Juristische Wochenschrift.
RGSt: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
SJZ: Süddeutsche Juristenzeitung.
ZStrW: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Die Verletzung des § 55 StPO als Revisionsgrund

(an Hand des Beschlusses des Großen Senats für Strafsachen des BGH vom 21.1.1958 - GSSt 4/57 -)

I.

Nach § 55 StPO kann "jeder Zeuge die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung ihm selbst oder einem der im § 52 Abs.1 bezeichneten Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung zuziehen würde". Eine Pflicht, den Zeugen über sein Recht zu belehren, sah das Gesetz früher im Gegensatz zu der in § 52 StPO (Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Angeklagten) getroffenen Regelung nicht vor. Dieser Umstand wurde als Mangel empfunden¹⁾. Bei Gericht war es weitgehend üblich, den Zeugen gleichwohl über sein Auskunftsverweigerungsrecht zu belehren. Der Richter handelte dabei auf Grund eines *nobile officium*. Er war bestrebt, den Zeugen, der in seine, der Erfüllung der Wahrheitspflicht entgegenstehenden Interessen verstrickt war, durch den Hinweis auf sein Recht nach § 55 StPO nach Möglichkeit vor einer falschen Aussage zu bewahren. Das RG wies auf den Unterschied zwischen § 52 und § 55 StPO mehrfach hin. Es betonte, daß bei § 55 "mangels einer gesetzlichen Bestimmung" keine Verpflichtung zur Belehrung bestehe, daß auch "aus der Entstehungsgeschichte die Absicht einer Gleichstellung der Fälle des § 54 StPO (jetzt § 55) mit jenen des § 51 StPO (jetzt § 52) bezüglich der Pflicht zur Belehrung über die dem Zeugen zustehenden Befugnisse nicht erkennbar" sei²⁾. Auch aus einer falschen Belehrung nach § 55 StPO konnte der Angeklagte nach Ansicht des RG keinen Revisionsgrund herleiten³⁾,

1) Hippel S.400 Anm.6.

2) RGSt 10, 154.

3) RGSt 38, 320 und 48, 269 (beiläufig). RGSt 57, 63 betont allerdings zu dem insoweit wesensgleichen § 53 StPO, dem Zeugen dürfe durch die irrige Belehrung nicht die Entschlußfreiheit geschmälert werden, widrigenfalls eine Gesetzesverletzung vorliege.

Durch das Rechtseinheitsgesetz vom 12.9.1950 - BGBI. S. 455 - wurde die Belehrungspflicht auch zu § 55 StPO eingeführt. Daraus folgte das Oberlandesgericht Frankfurt in seiner Entscheidung vom 28.3.1951 ⁴⁾, daß der Kreis nach § 55 StPO nunmehr hinsichtlich der Belehrungspflicht dem § 52 StPO gleichgestellt sei und daß daher die Verletzung der Belehrungspflicht nach § 55 Abs. II StPO ebenso revisibel sei wie die nach § 52 Abs. II StPO. Tatsächlich hatte das RG wiederholt die Revisibilität der Verletzung der Belehrungspflicht nach § 52 Abs. II StPO bestätigt ⁵⁾. Der 1. Strafsenat des BGH erklärte dagegen in seinem Urteil vom 27.2.1951, das allerdings erst nach der Entscheidung des Oberlandesgerichts Frankfurt veröffentlicht wurde ⁶⁾, die unterlassene Belehrung nach § 55 Abs. II StPO beschwere den Angeklagten nicht. Das Recht auf Auskunftsverweigerung beruhe im Gegensatz zum Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO nicht auf den Beziehungen des Zeugen zum Angeklagten und sei daher mit dem " R e c h t s k r e i s " des Angeklagten nicht so " v e r - b u n d e n ", daß dieser wie beim Zeugnisverweigerungsrecht aus § 52 StPO notwendig mitgeschützt werde. Die unterlassene Belehrung verletze daher die prozessualen Rechte des Angeklagten nicht. Trotz der gesetzlichen Änderung könne daher der Angeklagte seine Revision nicht auf eine unterlassene Belehrung nach § 55 Abs. II StPO stützen. Diese Rechtsansicht samt der Begründung übernahm das Bayerische Oberste Landesgericht für sein Urteil vom 6.5.1953 ⁷⁾, in dem es die Ansicht vertrat, Niederschriften über die Vernehmung von Zeugen könnten verlesen werden, auch wenn der Vernommene über sein Recht nach § 55 StPO nicht belehrt worden sei; dagegen sei die Verlesung unzulässig, wenn die Belehrung nach § 52 Abs. II StPO unterblieben sei. Gegen die Entscheidungen des BGH und des Bayerischen Obersten Landesgerichts wandte sich mit Entschiedenheit B u s c h ⁸⁾. Er betonte, daß § 52 und § 55 gemeinsam der Ermittlung der Wahrheit dienten, daß eine unterlassene Belehrung, sei es nach § 52, sei es nach

4) NJW 51, 614.

5) So in RGSt 2, 29; 2, 192; 8, 123; 9, 384; 20, 186; 32, 72; 48, 359; ebenso BGHSt 6, 280.

6) BGHSt 1, 39.

7) NJW 53, 1115.

8) JZ 1953, 703.

§ 55, die Vernehmung zu einer "illegalen", zu einem ungesetzlichen Beweismittel mache, dessen Verwendung unzulässig sei. Für die Revisibilität einer Verletzung des § 55 Abs. II StPO sprachen sich ferner aus: A l s b e r g - N ü s e ⁹⁾, S c h w a r z ¹⁰⁾ (mit der Begründung, der Angeklagte habe ein Anrecht darauf, daß der Zeuge nicht unter einem vermeintlichen Aussagezwang seine Bekundungen eventuell zum Nachteil des Angeklagten färbt), E b e r h a r d S c h m i d t ¹¹⁾ (der die Fälle des § 52 und § 55 als gleichwertig erachtet) und K l e i n k n e c h t - M ü l l e r ¹²⁾ (mit der Begründung, das Auskunftsverweigerungsrecht sei ein Persönlichkeitsrecht des Zeugen und zugleich aber auch ein Schutzrecht des Angeklagten). Der Ansicht des BGH folgend dagegen namentlich L ö w e - R o s e n b e r g ¹³⁾, E r b s ¹⁴⁾ und G a g e - S a r s t e d t ¹⁵⁾ (dieser mit dem Hinweis, daß sich über die Frage streiten lasse).

Der 4. Senat des BGH, der von der oben angeführten Entscheidung des 1. Strafsenats des BGH vom 27.2.1951 abweichen wollte, unterbreitete die Rechtsfrage gem. § 136 GVG dem Großen Senat für Strafsachen. Dieser bestätigte in seinem Beschluß vom 21.1.1958 - GSSt 4/57- die Rechtsansicht des 1. Senats. Er lehnte es ab, aus § 337 StPO ein allgemeines, jeden Verfahrensverstoß umfassendes Rügerecht abzuleiten, und billigte dem Angeklagten wegen Verletzung einer Verfahrensvorschrift die Revision nur dann zu, wenn die Verletzung seinen R e c h t s k r e i s unmittelbar b e r ü h r t e . Die Belehrungspflicht nach § 55 Abs.2 StPO erfüllt nach Ansicht des BGH im Gegensatz zu der nach § 52 StPO diese Voraussetzung nicht.

Die Entscheidung des BGH vermochte trotz ihrer eingehenden Begründung nicht allgemein zu überzeugen. G o s s r a u ¹⁶⁾ und nament-

9) Alsberg-Nüse S. 204.

10) Schwarz, Anm. 1 A zu § 55 StPO

11) Eberhard Schmidt, Lehrkommentar, §§ 55 Erl. 9.

12) KM Anm. 1 b, 4 b, 5 zu § 55 StPO.

13) Löwe-Rosenberg, Anm. 11 zu § 55 StPO.

14) Erbs, Handkommentar zur StPO, Anm. zu § 55 Abs. II StPO.

15) Gage-Sarstedt, S. 61.

16) MDR 58, 468.

lich E b e r h a r d S c h m i d t ¹⁷⁾ erhoben dagegen alsbald gewichtige Bedenken. Neuerdings schloß sich ihnen J e s c h e c k ¹⁸⁾ an. Auf ihre Ausführungen werde ich später näher eingehen. B u s c h ¹⁹⁾ jedoch stimmte zu, ohne allerdings dabei auf seine frühere abweichende Meinung ⁸⁾ zurückzukommen.

Daß der BGH die Frage der Rügemöglichkeit der Verletzung des § 55 Abs. II StPO mit einer grundsätzlichen Auslegung des § 337 StPO verknüpft hat, gibt dem aufgeworfenen Problem eine über den Einzelfall weit hinausragende, besondere Bedeutung. Nicht nur für den Angeklagten, sondern für die ganze Rechtsordnung ist die Beantwortung der Frage, welche Verfahrensverstöße revisibel sind, von entscheidender Wichtigkeit. Auch wäre es denkbar, daß sich die " R e c h t s - k r e i s t h e o r i e " des BGH zu § 337 StPO auf die entsprechenden Bestimmungen der ZPO und der Verfahrensordnung vor den Verwaltungsgerichten auswirkt. Trotz der Autorität der Rechtsansicht des BGH für die Rechtsprechung und bei allem Respekt vor seinen ausführlichen Darlegungen möchte ich daher das Problem erneut kritisch untersuchen.

II.

Die gestellte Aufgabe erfordert eine A u s l e g u n g der §§ 337 und 55 StPO. Die M e t h o d e , die Wissenschaft und Rechtsprechung ²⁰⁾ für die Gesetzesauslegung entwickelthaben und nach der auch ich hier vorzugehen habe, ist folgende:

Ziel der Auslegung einer Rechtsnorm ist die Erforschung ihres S i n n e s und Z w e c k s . Die Rechtsvorschriften sind Willensentscheidungen, das Ergebnis einer Wahl zwischen mehreren Beweggründen. Ihr Sinn läßt sich erschließen, wenn man den der getroffenen Entscheidung zu Grunde liegenden Bewertungsvorgang aufklärt.

17) JZ 1958, 620.

18) GA 1959, 84.

19) LM 1958. 13/14 Bl. 671.

20) Leipz. Kommentar, Einleitung 1, KM, Einl. 16 und die dort angeführten Entscheidungen.

Über den dabei einzuschlagenden Weg gehen die Ansichten der s u b j e k t i v e n und der o b j e k t i v e n Theorie auseinander. Erstere zielt auf die Erforschung des "empirischen Willens des historischen Gesetzgebers"²¹⁾, will also den geschichtlichen Bewertungs- und Willensvorgang nachdenken. Diese löst den Gesetzeswortlaut von den Vorstellungen der am Erlaß des Gesetzes beteiligten Personen los und forscht nach der "dem Gesetz immanenten Bedeutung (von manchen als "Wille des Gesetzes" bezeichnet)."²¹⁾ Beide Richtungen haben sich im Zuge ihrer Weiterentwicklung stark angenähert. Der BGH, der zunächst der objektiven Auslegungsmethode zuneigte²²⁾, hält nunmehr eine Art mittlere Linie ein²³⁾. Für die Lösung unseres Auslegungsproblems spielt der auch heute noch nicht voll ausgetragene Streit der beiden Theorien keine Rolle.

Übereinstimmung herrscht darüber, daß jede Auslegung beim W o r t l a u t des Gesetzes anzufangen hat. Der Text der Vorschrift enthält den bindenden Befehl an Gericht und Rechtsunterworfene, der den Zweck, den das Gesetz mit der betreffenden Bestimmung verfolgt, verwirklichen soll. Aus diesem Befehl, der das Ergebnis des Bewertungsvorgangs des Gesetzes widerspiegelt, wird man in zahlreichen Fällen bereits zuverlässig auf die Zwecksetzung selbst und damit auf den Sinn des Gesetzes schließen können. Mitunter ist es zum Verständnis der Rechtsnorm erforderlich, noch einen besonderen Sprachgebrauch des Gesetzes bei der geregelten Materie zu berücksichtigen (sogenannte g r a m m a t i s c h e Auslegung). In manchen Fällen findet allerdings die Zwecksetzung der Rechtsvorschrift in ihrem Wortlaut keinen eindeutigen Ausdruck.

Von Bedeutung ist ferner die historische Forschung über die E n t s t e h u n g s g e s c h i c h t e des Gesetzes. Für die subjektive Theorie ist sie, wie bereits oben erwähnt, der wesentliche Teil der Auslegung. Doch verkennt auch sie nicht, daß die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers über den Inhalt einer

21) Larenz in Deutsche Richterzeitung 1959, S. 307.

22) BGHSt 1, 75.

23) Jescheck in GA 59, S.65.

Norm die Auslegung derselben nicht für alle Zeit zu binden vermögen. Die Entstehungsgeschichte weist aber darauf hin, "worin der Rechtfertigungsgrund für die Bestimmung liegt, welche Zwecke man mit ihr verfolgt hat und welche Zweckvorstellungen auch heute allein die Auslegung bestimmen dürfen"²⁴⁾. Die Kenntnis der gesetzgeberischen Vorarbeiten und parlamentarischen Verhandlungen, der sogenannten *Gesetzesmaterialien* kann zwar bei der Auslegung keine selbständige, maßgebende Bedeutung beanspruchen. Die Entstehungsgeschichte liefert aber wichtige Hinweise; sie kann Zweifel, die bei anderen Auslegungsüberlegungen offen bleiben, beheben und wirkt im übrigen als wichtige Bestätigung für ein anderweitig gefundenes Ergebnis ²⁵⁾.

Jede einzelne Gesetzesvorschrift steht und wirkt im Zusammenhang des Gesetzes und im Gefüge der ganzen Rechtsordnung. Der Zusammenhang, in dem die Rechtsnorm steht, der aus dem Gefüge hervorleuchtende Sinn der Gesamtregelung liefert daher auch wichtige Hinweise für die Feststellung von Sinn und Zweck der Einzelvorschrift. Das Ergebnis einer Auslegung ist umgekehrt nur dann befriedigend, wenn ein denkgerechter Zusammenhang der Einzelnorm mit den übrigen Bestimmungen gewahrt bleibt (sogenannte systematische Auslegung).²⁴⁾²⁵⁾

Die aufgezeigten Methoden sind wichtige, ja unentbehrliche Hilfsmittel bei der Auslegung des Gesetzes; das eigentliche Ziel der Auslegung aber ist die Erforschung des Zwecks des Gesetzes in der Gegenwart (*teleologische Auslegung*). Aus dem Zusammenwirken der verschiedenen Auslegungsmöglichkeiten läßt sich der wahre Sinn des Gesetzes ermitteln. Das Bundesverfassungsgericht kennzeichnet diese kombinierte Auslegungsmethode mit folgendem Leitsatz²⁵⁾: "Maßgebend für die Auslegung einer Gesetzesbestimmung ist der in dieser zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, so wie er sich aus dem Wortlaut der Gesetzesbestimmung und

24) BGH vom 15.1.52 in NJW 52, 356.

25) BVerf NJW 1952, 737.

dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt ist. Nicht entscheidend ist dagegen die subjektive Vorstellung der am Gesetzgebungsverfahren beteiligten Organe oder einzelner ihrer Mitglieder über die Bedeutung der Bestimmung. Der Entstehungsgeschichte einer Vorschrift kommt für deren Auslegung nur insofern Bedeutung zu, als sie die Richtigkeit einer nach den angegebenen Grundsätzen erhaltenen Auslegung bestätigt oder Zweifel behebt, die auf dem angegebenen Weg allein nicht ausgeräumt werden können."

Die tatsächlichen Verhältnisse, die Vorstellungen und Wertmaßstäbe, die zur Zeit des Erlasses eines Gesetzes bestimmend waren, sind einem Wandel unterworfen. "Jedes Gesetz geht, sobald es seine feste Gestalt gewonnen hat und in Erscheinung getreten ist, in ein bestimmtes soziales Kräftefeld ein, das es beherrscht, von dem es aber auch selbst wieder in seinem Inhalt beeinflusst und verändert wird²⁶⁾. Dieser Wandel der Umstände, die für die Willensentscheidung des Gesetzgebers maßgebend waren, muß sich auch auf Sinn und Zweck des Gesetzes auswirken. Es ist denn auch anerkannte Rechtsprechung, daß die Auslegung einem "Bedeutungswandel" einer Rechtsnorm Rechnung tragen kann und muß²⁷⁾. Während einzelne obergerichtliche Entscheidungen Wert darauf legen, daß sich ihre Gesetzesauslegung noch innerhalb "der durch den Wortlaut gezogenen Grenzen" hält²⁸⁾, vertreten andere den Standpunkt, daß Sinn und Zweck des Gesetzes seinem Wortlaut vorgehen²⁹⁾.

Bei der Auslegung muß der nach § 1 GVG dem Gesetz unterworfenen Richter darauf achten, daß er sich nicht Befugnisse anmaßt, die nach der Rechtsordnung dem Gesetzgeber vorbehalten sind. Er darf nur den im Gesetz selbst verankerten Sinn deuten, nicht aber aus rechtspolitischen Erwägungen den Inhalt der Norm selbst ändern. Eine derartige

26) Leipz. Kommentar a.a.O.

27) Dies hat erst in jüngster Zeit Larenz in seinem Aufsatz "Der 'Bedeutungswandel' der Rechtsnormen und ihre Berücksichtigung in der Rechtsprechung" eingehend dargestellt. Deutsche Richterzeitung 1959 S. 306.

28) BGH NJW 53, 1561 (Großer Senat)

29) So Bundesarbeitsgericht vom 9.10.1956 in NJW 57, 319.

"Auslegung" wäre ungesetzlich und müßte zu unerträglicher Rechtsunsicherheit führen. "Allein dem Gesetzgeber obliegt die Entscheidung darüber, ob" eine veraltete oder besserungsbedürftige Bestimmung "beizubehalten ist oder nicht"³⁰⁾. Bei der strafrechtlichen Auslegung wirkt sich außerdem noch das Analogieverbot als besondere Schranke aus und zwar nicht nur im materiellen Strafrecht, sondern im Einzelfalle auch im Prozeßrecht, insbesondere dann, wenn der Angeklagte durch die entsprechende Anwendung einer Vorschrift schlechter gestellt würde²³⁾.

Schließlich hat die Auslegung einer Bestimmung auch noch im Einklang mit der V e r f a s s u n g als der höherwertigen Norm zu stehen. So folgert der Bayer. Verfassungsgerichtshof³¹⁾: "Das Rechtssystem des Staates bildet eine Einheit, die von der Verfassung und den in ihr enthaltenen Grundgedanken beherrscht wird. Mithin ist nur eine solche Auslegung gesetzlicher Bestimmungen zulässig, die mit der Verfassung in Einklang zu bringen ist, nicht aber eine solche, die ihr widerspricht". Das Bundesverfassungsgericht hat sich in seiner Entscheidung vom 7.5.1953³²⁾ der Forderung nach "verfassungskonformer Auslegung" angeschlossen.

III.

Dem Aufbau der Entscheidung des Großen Senats vom 21.1.1958 folgend beginne ich mit der A u s l e g u n g der Vorschriften der StPO über die R e v i s i o n s g r ü n d e und prüfe, ob das Gesetz eine a l l g e m e i n e R ü g e m ö g l i c h k e i t bei V e r f a h r e n s v e r s t ö ß e n vorsieht oder ob es die Revisibilität, entsprechend dem vom BGH gefundenen Ergebnis, auf einen b e s t i m m t e n K r e i s v o n V e r s t ö ß e n b e s c h r ä n k t.

30) BGHSt 11, 304.

31) Urteil vom 13.2.1952, abgedruckt in DÜV 52, 273.

32) BVerfGE 2, 266.

a) Der Wortlaut des Gesetzes gibt nach Ansicht des BGH auf die aufgeworfene Frage keine Antwort. Sollte diese nicht näher begründete Meinung zutreffen, so müßte man annehmen, daß entweder der Gesetzestext zu diesem Punkt unklar ist oder daß der Gesetzgeber auf eine ausdrückliche Regelung dieser Materie überhaupt verzichtet oder eine solche gar übersehen hat. Wie bereits eingangs betont, ist das Problem für die Strafrechtspflege und für die Rechtsordnung überhaupt von großer Bedeutung. Der rechtsuchende Bürger hat ein schutzwürdiges Interesse daran, vom Gesetzgeber klar und eindeutig zu erfahren, bei welchen Verstößen er ein Rechtsmittel einlegen kann. Bei einem Gesetz von der Qualität und Durchbildung der StPO müßten derartige Mängel daher sehr überraschen. Es kommt hinzu, daß die StPO im übrigen das Bestreben verrät, Einschränkungen von Anfechtungsmöglichkeiten unmißverständlich klar zu normieren, so in § 16 beim Einwand der Unzuständigkeit, in § 28 Abs. II bei der Ablehnung des erkennenden Richters, in § 64 Abs. II bei Entscheidungen, die einem Wiedereinsetzungsgesuch stattgegeben haben, in § 182 Abs. II beim Beschluß über die Eröffnung der Voruntersuchung, in § 202 Abs. II bei der Anordnung der Voruntersuchung, ihrer Ergänzung oder einzelner Beweiserhebungen und in § 210 Abs. II bei der Eröffnung des Hauptverfahrens.

§ 337 - Revisionsgründe - lautet:

- "I. Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe.
II. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist."

Die Bestimmung enthält zwei deutliche Abgrenzungsmomente:

1) Nur Verletzungen des Gesetzes können gerügt werden und zwar

2) nur solche, auf denen das Urteil beruht.

Daß innerhalb dieser Abgrenzung jeder Verstoß revisibel sein soll, ist in § 337 StPO ausdrücklich allerdings nicht gesagt. Dieser Sinn ist jedoch unschwer herauszuhören - besonders Ab. II verrät eine verall-

gemeinernde Tendenz -, namentlich, wenn man die Bestimmung im Zusammenhang des Gesetzes liest. Dem § 337 StPO, der im Abschnitt "Revision" steht, gehen im Gesetz die Abschnitte "Beschwerde" und "Berufung" voraus. All diese Abschnitte sind Teile des 3. Buches "Rechtsmittel". Die darin zunächst geregelten Rechtsmittel "Beschwerde" und "Berufung" gestatten grundsätzlich eine Überprüfung der angefochtenen Entscheidung in jeder Hinsicht. Wenn der Gesetzgeber in dem sich anschließenden Abschnitt über die "Revision" dann erklärt, diese könne nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe, so ist dies eine gewisse Einschränkung des im übrigen auch hier weiter geltenden Prinzips der unbeschränkten Anfechtbarkeit, nicht aber etwa ein bloßer Rahmen für nähere Regeln über die Zulassung von Revisionsgründen. Gegen eine solche Annahme spricht vornehmlich der Umstand, daß Normen zur Ausfüllung einer so etwa geschaffenen Rahmenbestimmung im Gesetz nicht existieren. Auch die amtliche Überschrift zu § 337 StPO "Revisionsgründe" weist darauf hin, daß dieser Vorschrift die maßgebende Bedeutung für die Regelung der Revisionsgründe und daher auch für eine Abgrenzung der Rügmöglichkeit zukommt.

Das entscheidende, aber auch ausreichende Abgrenzungsmoment für die als Revisionsgrund zugelassenen Gesetzesverstöße ist dem Gesetzgeber ersichtlich die in § 337 StPO normierte Forderung, das Urteil müsse auf dem Verstoß **b e r u h e n** . So sichert er bezeichnenderweise die **u n b e d i n g t e** Beachtung grundlegender Verfahrensvorschriften dadurch, daß er in § 338 StPO (absolute Revisionsgründe) eine gesetzliche, unwiderlegbare Vermutung schafft mit der Bestimmung, im Falle eines Verstoßes gegen diese Verfahrensgrundsätze sei das Urteil stets als auf der Verletzung des Gesetzes beruhend anzusehen.

- 32a) Für die Beschwerde ist der Umfang der Nachprüfung allerdings in dem durch das 3. Strafrechtsänderungsgesetz vom 4.8.1953 eingeführten § 305 a StPO für die Entscheidungen über die Anordnungen bei der Strafaussetzung zur Bewährung eingeschränkt worden. Doch kann diese Änderung, weil erst nachträglich in den Gesetzestext eingefügt, hier außer Betracht bleiben.

Einen Unterschied zwischen materiellen und formellen Verstößen verrät das Gesetz bei der Zulassung der Revisionsgründe nicht. Für eine Beschränkung der Revision auf Verfahrensverstöße, die den Rechtskreis des Beschwerdeführers berühren bzw. wesentlich berühren, fehlt im Gesetzeswortlaut jeder Anhaltspunkt. Über den Rahmen des § 337 StPO hinaus ist durch § 339 StPO nur die Staatsanwaltschaft in der Rügemöglichkeit eingeschränkt. Sie kann nach dieser Bestimmung "die Verletzung von Rechtsnormen, die lediglich zu Gunsten des Angeklagten gegeben sind,..... nicht zu dem Zwecke geltend machen, um eine Aufhebung des Urteils zum Nachteil des Angeklagten herbeizuführen". Diese Vorschrift beweist übrigens, daß der Gesetzgeber das Problem einer weiteren Einschränkung der in § 337 StPO normierten Revisionsgründe keineswegs übersehen, daß er sich vielmehr damit auseinandergesetzt hat, da er ja in § 339 StPO eine solche Einschränkung tatsächlich angeordnet hat. Die Revisionsgründe erscheinen somit als in den §§ 337-339 StPO abschließend geregelt. § 337 enthält die Hauptregel. § 338 StPO greift darüber hinaus. § 339 StPO bringt eine Einschränkung.

§ 339 StPO erlaubt m.E. sogar einen der Ansicht des BGH ausdrücklich entgegenstehenden Umkehrschluß: Der S t a a t s a n w a l t ist in seinen Anfechtungsmöglichkeiten in dem in § 339 StPO bezeichneten Umfang beschränkt; für den A n g e k l a g t e n aber besteht über § 337 StPO hinaus keinerlei Einschränkung.

b) Die E n t s t e h u n g s g e s c h i c h t e des Gesetzes hat der Beschluß des Großen Senats bei der Auslegung nicht berücksichtigt, ja nicht einmal erwähnt. Dabei enthalten die Materialien zur StPO und zu der etwa gleichzeitig entstandenen ZPO, die für die Regelung in der StPO als Vorbild diente, für die aufgeworfene Frage wesentliche Hinweise. Zum vollen Verständnis derselben ist allerdings ein Rückblick auf die sich darin widerspiegelnden Strömungen und auf die geschichtliche Entwicklung der Rechtsmittel überhaupt erforderlich. Ich bringe diese entwicklungsgeschichtliche Darstellung in kurzen, auf das Thema zugeschnittenen Zügen und stütze mich da-

bei auf die Ausführungen bei Zachariae, Handbuch des deutschen Strafprozesses, bei v. Hippel, Lehrbuch des deutschen Strafprozesses, und bei Schwinge, Grundlagen des Revisionsrechts.

Die auf deutschem Boden entstandene "Urteils-scheit" des älteren deutschen Rechts war kein Rechtsmittel im heutigen Sinn und nahm auf die spätere Entwicklung keinen Einfluß³³⁾. Der Ausgangspunkt liegt im römischen Recht. Die lex Valeria de provocatone gestattete dem verurteilten Bürger, die Entscheidung der Volksversammlung anzurufen. Diese war an kein Gesetz gebunden. Sie entschied nach freiem Belieben, nach politischen Erwägungen und auch in der Funktion unserer heutigen Gnadeninstanzen. Mit der Einführung der Geschworenengerichte gegen Ende der Republik verschwand dieser Rechtsbehelf³⁴⁾. In der Kaiserzeit entstand dann die Appellation, die Vorläuferin unserer Berufung. Der Verurteilte konnte gegen die Entscheidung der kaiserlichen Beamten das kaiserliche Gericht anrufen. Dieses verhandelte und entschied in der Sache neu über die Schuld- und Straffrage³⁵⁾. Das Rechtsmittel war innerhalb einer gesetzlichen Ausschußfrist einzulegen. Daneben bestand noch die Möglichkeit, ohne Bindung an eine Frist die Nichtigkeit einer Entscheidung geltend zu machen³⁶⁾. Diese beiden Rechtsbehelfe gingen vom römischen ins kanonische Recht, dann in den mittelalterlich-italienischen Inquisitionsprozess über und fanden nach der Rezeption des römischen Rechts auch in Deutschland Eingang³⁷⁾.

Die Appellation konnte sich allerdings zunächst nicht durchsetzen. Auf Reichsebene widerstanden die Reichsstände einer Appellation in Strafsachen an das 1495 geschaf-

33) Zachariae, S. 574; v. Hippel S. 552.

34) Zachariae, S. 571; v. Hippel S. 551.

35) Zachariae, S. 571; v. Hippel S. 551.

36) Zachariae, S. 573; v. Hippel S. 552.

37) Zachariae, S. 573; v. Hippel S. 573.

fene Reichskammergericht. Die Carolina enthält denn auch über Rechtsmittel keine Bestimmungen. Der Reichsabschied von Augsburg (1530) und die Kammergerichtsordnung von 1555 verboten die Appellation in Strafsachen sogar ausdrücklich. In den Territorialstaaten fand das Rechtsmittel weitgehend keine Aufnahme, weil eine ~~xxxx~~ verbreitete, auch von Carpzow verfochtene Ansicht es für unvereinbar mit dem Wesen des Inquisitionsprozesses erklärte. Erst Feuerbach überwand diese Auffassung und verhalf der Appellation in den deutschen Einzelstaaten zum Sieg³⁷⁾.

Einen gewissen Ausgleich für die zunächst fehlende Appellation boten die Vorschriften über das Ratsuchen bei Rechtsgelehrten, die Zulassung einer weiteren Verteidigung (defensio) innerhalb der gleichen Instanz und namentlich die nach römischem Vorbild entwickelte Nichtigkeitsbeschwerde oder Nullitätsquerel. Dieser Rechtsbehelf, der bereits Züge unserer heutigen Revision verrät, wurde durch die Kammergerichtsordnung von 1555 eingeführt. Er gestattete die Anfechtung des Urteils wegen rechtswidrigen Verfahrens beim Kammergericht. Dieses konnte die Entscheidung der Vorinstanz aufheben und die Sache zurückverweisen³⁸⁾. Über die Nichtigkeits-

38) Kammergerichtsordnung Teil II Tit. 28 § 5 (zitiert bei Zachariae S. 585, Anm. 2)

"Doch ob sich jemand an dem Kammer-Gericht beklagen würde, daß in peinlichen Sachen, auch Leib-Straff anlangend, sein unerfordert und unverhört, und also nichtiglich, oder sonst wider natürliche Vernunft u. Billigkeit wider ihn procedirt, gehandelt und geurtheilt und dergleichen principaliter auff die Nullität um Proceß ansuchen würde, so fern dann der Richter, deß Handlung sich die Parthey obberührter massen beklagt, dem Kammer-Gericht ohn Mittel unterworfen, soll alsdann der ansuchenden Parthey, solcher Nichtigkeit halben, Ladung erkannt, und darauff rechtliche Hülff mitgetheilt, und so sich in Ausführung der Sachen befünde, daß obberührte massen nichtiglich gehandelt und geurtheilt, alsdann die Hauptsach wider an die ordentlich Oberkeit, förmlich und rechtlich darin zu handeln, zu procediren und zu urtheilen, remittirt werden."

gründe herrschten weitgehend Unklarheit und Streit. Einigkeit bestand darüber, daß nur **w e s e n t l i c h e** Verstöße die Nichtigkeitsbeschwerde begründen könnten. Unbeachtlich waren Fehler, die das Urteil nicht beeinflußt hatten. Trotz Vorliegens eines wesentlichen Verstosses wurde das Urteil nicht aufgehoben, wenn es auch ohne den nichtigen Akt eine genügende Basis behielt, In dem damaligen schriftlichen Verfahren mit gesetzlichen Beweisregeln konnte der Einfluß eines Verstosses auf die Entscheidung leicht festgestellt werden. Interessant für das vorliegende Thema ist noch folgender Hinweis bei **Z a c h a r i a e** ³⁹⁾. Lag ein (wesentlicher) Formfehler vor, der sich auf das Urteil ausgewirkt hatte, bestand aber die "Gewißheit, daß in der Sache selbst dadurch kein Unrecht begangen sei", so war dieser Verstoß gleichwohl zu beachten. War es dagegen zweifelhaft, ob eine verletzte Förmlichkeit wesentlich war oder nicht, bestand aber hier die Gewissheit darüber, "daß in der Sache kein Unrecht geschehe", so konnte man sich über den Verstoß hinwegsetzen. Auch in den Gesetzgebungen der deutschen **L ä n d e r** fand die Nichtigkeitsbeschwerde Eingang. Dort entwickelte sich auch die Institution der **B e s t ä t i g u n g**. Bei wichtigen Strafsachen mußten die Urteile dem Landesherrn oder der von diesem bestimmten Behörde zur Prüfung vorgelegt werden. Die Entscheidungen konnten gemildert oder geschärft werden⁴⁰⁾. **S c h w i n g e** ⁴¹⁾ erblickt in diesem Verfahren ein erstes auf die Sicherung der gleichmäßigen Rechtsanwendung (eine wesentliche Aufgabe der heutigen Revision) gerichtetes Mittel.

Die Mitte des 19. Jahrhunderts brachte eine völlige Umgestaltung des deutschen Strafprozesses nach französisch-englischem Vorbild. Die Forderungen der Frankfurter Nationalversammlung: "Das Gerichtsverfahren soll **ö f f e n t l i c h** und **m ü n d l i c h** sein. In Strafsachen gilt der **A n k l a g e p r o z e ß**."

39) Zachariae S. 587, Anm. 8 und 10.

40) Hahn, Materialien zur StPO S. 305.

41) Schwinge S.9.

Schwurgerichte sollen jedenfalls in schweren Strafsachen und bei allen politischen Vergehen urteilen" wurden in den Prozeßordnungen der Länder verwirklicht. Ferner trat die freie Beweiswürdigung an Stelle der gesetzlichen Beweisregeln. Im Rechtsmittelsystem und in der Gerichtsverfassung lehnte man sich eng an das französische Vorbild an. Das französische Recht kannte die Berufung (Appel), die die Tat- und Rechtsfrage umfaßte, gegen Entscheidungen des Einzelrichters und der Strafkammer, nicht aber gegen Schwurgerichtsurteile, und die Nichtigkeitsbeschwerde (demande en cassation) wegen rechtlicher Verstöße mit dem Ziel der Aufhebung des Urteils u. der Zurückverweisung der Sache. Die Berufung gegen den Einzelrichter ging an die Strafkammer, die gegen die Strafkammer an den Appelhof. Der Kassationshof, an den die Nichtigkeitsbeschwerde ging, war in Schwurgerichtssachen 2., im übrigen 3. Instanz. (Die weiteren Rechtsbehelfe, der Einspruch (opposition) gegen richterliche Verfügungen und die Nichtigkeitsbeschwerde des Generalprokurators im Interesse des Gesetzes, interessieren hier nicht.)⁴²⁾ Dieses System wurde in den deutschen Ländern in den wesentlichen Zügen, wenn auch in buntscheckiger Vieltätigkeit der Einzelregelung⁴³⁾ nachgeahmt. Hier interessiert von den beiden Rechtsmitteln Berufung und Nichtigkeitsbeschwerde vor allem das letztere.

Die Nichtigkeitsbeschwerde (querela nullitatis, recours en cassation) fand statt gegen Urteile, die durch die Berufung nicht anfechtbar waren, wegen Verletzung des Rechts. Die Nichtigkeitsgründe konnten dem materiellen oder dem Prozeßrecht entnommen werden. Hinsichtlich der ersteren herrschte weitgehend Übereinstimmung. Bei den letzteren lassen sich bei aller Verschiedenartigkeit der Prozeßordnungen drei Grundrichtungen unterscheiden: Die eine Gruppe zählte in Anlehnung an das französische Vorbild

42) Zachariae S. 600, v. Hippel S. 554.

43) Zachariae S. 612 ff.

die Nichtigkeitsgründe auf. Eine 2. Kategorie von Gesetzen enthielt eine Generalklausel. Bei Verletzung wesentlicher Vorschriften über das Verfahren sollte die Nichtigkeitsbeschwerde begründet sein. Andere Gesetze schließlich brachten eine Generalklausel und zusätzlich einen Katalog von Nichtigkeitsgründen. Der Angeklagte konnte nur solche Verstöße rügen, welche einen für ihn nachteiligen Einfluß auf die Entscheidung ausüben konnten. Prozeßwidrige Akte in früheren Verfahrensabschnitten, z.B. Zeugenvernehmungen, "affizieren", wenn sie in das Hauptverfahren übergehen oder Grundlage der richterlichen Entscheidung werden, das Hauptverfahren und das Urteil selbst. Hat der Beschwerdeführer eine Beschränkung seiner Prozeßbefugnisse in einem früheren Verfahrensabschnitt hin- genommen, obwohl er davon Kenntnis hatte oder haben konnte, so hatte er nach einigen Prozeßordnungen seine Rüge damit verwirkt. Das erfolgreiche Rechtsmittel führte zur Annullierung des Urteils und des vorausgegangenen Verfahrens, soweit die Nichtigkeit ihre Wirkung erstreckte, und zur Zurückverweisung. Über diese, dem französischen Recht eigene, rein kassatorische Tätigkeit hinaus verpflichteten die deutschen Prozeßordnungen meist das Obergericht, in geeigneten Fällen - bei materiellen Verstößen - in der Sache selbst zu entscheiden⁴⁴⁾.

Im deutschen Prozeßrecht zeichnet sich nunmehr auch eine neuartige **Zweckrichtung** der Rechtsmittel ab. Die obersten Gerichte der deutschen Länder verfolgten bislang ebenso wie die Untergerichte den Zweck, auf eine gesetzmäßige und gerechte Entscheidung des Einzelfalles hinzuwirken. Bei der Berufung, die eine neue Verhandlung und Entscheidung des Straffalles nach den nämlichen Prinzipien wie die untere Instanz vorsah, liegt dies auf der Hand. Aber auch die Nichtigkeitsbeschwerde des gemeinen Strafprozesses diente der Aufgabe, die Rechte des Angeklagten gegen Willkür und Fehlsamkeit des Richters zu schützen und dadurch

44) Zachariae S. 634 ff.

eine gerechte Entscheidung des Einzelfalles zu ermöglichen. Sie ist "nicht ein Rechtsmittel nur gegen ein unbilliges, ungerechtes Urteil, sondern ein Rechtszug an den höheren Richter wegen jedes vom Unterrichter der Partei zugefügten materiellen oder prozessualistischen Unrechts"⁴⁵⁾. Das französische Kassationssystem dagegen diente der Wahrung und Aufrechterhaltung der R e c h t s e i n - h e i t . Der Kassationshof entschied nie in der Sache selbst. Er sprach nur die Nichtigkeit des Urteils aus und verwies die Sache an die Vorinstanz zurück, wenn eine neue Entscheidung notwendig erschien. Mit dem Kassationsrekurs brach sich auch die mit diesem Rechtsmittel verfolgte Zweckrichtung in Deutschland Bahn⁴⁶⁾. Sie setzte sich gegenüber der bisherigen Auffassung in den einzelnen Ländern in unterschiedlichem Umfange durch. Die meisten Regelungen stellten ein Mischsystem zwischen der französischen und der bisherigen deutschrechtlichen Auffassung dar. Die Auseinandersetzung mit dem neuen Gedankengut riß auch in der Folgezeit nicht ab. Sie bildete einen wesentlichen Teil der Reformbestrebungen der nächsten Jahrzehnte, die schließlich zur Schaffung der StPO führten.

Ein weiterer wichtiger Punkt dieser Reformen, der hier besonders interessiert , war das ständige Streben, die als unzulänglich empfundenen Regelungen über die p r o z e s s u a l e n N i c h - t i g k e i t s g r ü n d e durch bessere zu ersetzen. S c h w i n - g e ⁴⁷⁾ hat das Ringen um dieses Ziel an der Reformentwicklung in Preußen, die auf die Gestaltung der Reichsprozeßordnungen einen bedeutenden Einfluß nahm, besonders deutlich gemacht. Im Gesetz vom 3.5.1852 führte Preußen als letztinstanzliches Rechtsmittel die Nichtigkeitsbeschwerde ein, die stattfand:

-
- 45) Arthur S k e d e l in "Die Nichtigkeitsbeschwerde und ihre geschichtliche Entwicklung" (1886) S.5, zitiert bei S c h w i n g e , S. 8 Anm. 16.
- 46) Z a c h a r i a e weist in den "Gebrachen des deutschen Strafverfahrens" - S.211 ff - nach, daß ein ö f f e n t l i c h e s I n t e r e s s e an einer richtigen Entscheidung (des Einzelfalles) bereits früher, z.B. im römischen Recht erkannt und anerkannt wurde, immerhin ein verwandter Gedanke.
- 47) S c h w i n g e S. 7 ff.

- 1) wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung eines Gesetzes oder eines Rechtsgrundsatzes;
- 2) wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung wesentlicher Vorschriften oder Grundsätze des Verfahrens.

Das Gesetz zählte außerdem noch eine Reihe wesentlicher Verfahrensvorschriften einzeln, wenn auch nur als Beispiele, auf ⁴⁸⁾. Als bald einsetzende Verbesserungsvorschläge bemängelten namentlich, daß durch den Begriff der **W e s e n t l i c h k e i t** bei der Rüge von Verfahrensverstößen zu enge Schranken gezogen seien. Ein Gesetzesentwurf des preußischen Justizministeriums vom 20.5.1860 schlug vor, die unterschiedliche Behandlung des materiellen und formellen Rechts ganz fallen zu lassen ⁴⁹⁾. In gleiche Richtung wiesen auch die Motive zu einem preußischen Entwurf einer Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten von 1864, die eine Unterscheidung zwischen materiellen und prozessualen Verstößen ebenfalls ablehnten und die Nichtigkeitsbeschwerde als allgemeine revisio in jure ausgestaltet wissen wollten ⁵⁰⁾. In dem Entwurf einer Zivilprozeßordnung für den Norddeutschen Bund (1870) war dieser Punkt ebenfalls stark umstritten. Die endgültige Fassung ließ dann wirklich die unterschiedliche Behandlung materiellrechtlicher und prozessualer Verstöße fallen und bestimmte:

"I. Die Nichtigkeitsbeschwerde kann nur darauf gestützt werden, daß die Entscheidung auf der Verletzung des Gesetzes beruhe.

II. Das Gesetz ist verletzt, wenn eine Rechtsnorm nicht oder nicht richtig angewendet worden ist."

Die Gründung des Reiches veranlaßte die Umarbeitung dieses Entwurfes zum Entwurf einer deutschen Zivilprozeßordnung. Dieser setzte an Stelle von "Nichtigkeitsbeschwerde" die Bezeichnung "Revision", um den Unterschied des geschaffenen Rechtsmittels gegenüber dem Kassationsrekurs des französischen Rechts zu betonen ⁵¹⁾,

48) Sch w i n g e S. 7 ff.

49) Sch w i n g e S. 19 und 20.

50) Sch w i n g e S. 20.

51) Der Wesensunterschied zwischen den beiden Rechtsmitteln wird weitgehend bestritten (Schwinge S. 28 und die dort angeführten Zitate).

ließ aber im übrigen die Regelung des norddeutschen Entwurfes bestehen. Damit war, wenn auch zunächst auf dem Gebiete der Zivilprozeßordnung, die auch heute noch geltende Fassung des § 337 StPO geschaffen.

Daß diese Übereinstimmung des Gesetzestextes kein Zufall, sondern der Ausdruck gleichartiger Bestrebungen ist, beweisen die Materialien zur StPO. Nach der Begründung des Entwurfs⁵²⁾ zur StPO ist charakteristisch für das neu geschaffene Rechtsmittel der "Revision" sein Unterschied von den bisherigen Rechtsbehelfen der Appellation und der Nichtigkeitsbeschwerde, deren Mängel man vermeiden wollte⁵³⁾. Das vom Untergericht festgestellte "tatsächliche Ergebnis ist für die höhere Instanz maßgebend, insoweit dasselbe nicht etwa im Wege eines gesetzwidrigen Verfahrens gewonnen worden ist. Die Aufgabe des höheren Gerichts besteht nur in der r e c h t l i c h e n Beurteilung der Sache; für die Lösung dieser Aufgabe aber ist ihm freie Bewegung gewährt und sind seiner Tätigkeit möglichst wenig formale Grenzen gezogen"⁵⁴⁾. Die rechtliche Beurteilung obliegt dem Revisionsgericht in umfassender Weise. "Der Entwurf unterscheidet nicht zwischen Normen des materiellen Rechts und des Prozeßrechts, und g r u n d s ä t z l i c h i s t keine Prozeßvorschrift von der Begründung der Revision ausgeschlossen". Man hatte also eine kasuistische Aufzählung der verfahrensrechtlichen Revisionsgründe oder ihre Beschränkung auf "wesentliche" Verstöße bewußt vermieden. Notwendig, aber auch ausreichend zur Abgrenzung der Rügenmöglichkeit erschien die Forderung des Gesetzes, daß das angefochtene Urteil auf dem Verstoß b e r u h e n müsse⁵⁵⁾. Nach Möglichkeit hatte das Revisionsgericht selbst in der Sache zu entscheiden, im übrigen zurückzuverweisen. "Das so geschaffene Rechts-

52) Hahn, Gesamte Materialien zur StPO, III. Abschnitt, Revision, S. 249-260.

53) Hahn S. 250.

54) Hahn S. 251.

55) Hahn S. 250.

mittel hätte man füglich mit dem Namen "Rechtsberufung"⁵⁶⁾ bezeichnen sollen", ist die Ansicht der Motive. In den Beratungen des Reichstags fand die Ausgestaltung der Revision Zustimmung⁵⁷⁾.

Noch deutlicher werden die Grundsätze über die Ausgestaltung der Rügemöglichkeit bei Verfahrensverstößen in den Motiven zur ZPO⁵⁸⁾ ausgesprochen. Dabei ist zu bedenken, daß der Gesetzgeber die beiden Prozeßordnungen "als Teile eines größeren Ganzen" sah und die Vorschriften der beiden Gesetze bewußt übereinstimmend gestaltete, soweit nicht ein Wesensunterschied eine abweichende Regelung "unabweislich bedingte"⁵⁹⁾. Die Revision ist danach xxx "ein auf die rechtliche Beurteilung des Rechtsstreits beschränktes Rechtsmittel, eine freigestaltete revisio in jure"⁶⁰⁾, die, "will man durch Vergleichung argumentieren, ... am richtigsten nicht als erweiterte Nichtigkeitsbeschwerde, sondern als beschränkte Berufung" zu bezeichnen ist⁶¹⁾. Denn im Gegensatz zum Kassationsrekurs, der an streng formale Voraussetzungen geknüpft ist, ist "die Revision rücksichtlich ihrer Begründung so frei gestaltet wie die Berufung"⁶²⁾. Zum Umfang der Anfechtbarkeit heißt es: "Der Begriff und das Vorhandensein einer Gesetzesverletzung ist vollkommen unabhängig zu dem Entstehungsgrund der verletzten Rechtsnorm ..., nicht minder davon, ob dieselbe dem Gebiet des materiellen oder formellen Rechts angehört"⁶³⁾. Die Gleichstellung der materiell-rechtlichen und

56) Eine Berufung selbst sahen die Entwürfe I-III zur StPO nicht vor. Man hielt dieses Rechtsmittel für unvereinbar mit dem Prinzip der Mündlichkeit und mit der freien Beweiswürdigung. Der Reichstag jedoch beschloß die Einführung.

57) Umstritten war die Frage der Einschränkung des Anfechtungsrechts der Staatsanwaltschaft. § 339, den man zunächst für überflüssig gehalten hatte, wurde geschaffen. War der Angeklagte von den Geschworenen für nichtschuldig erklärt worden, so konnte die Staatsanwaltschaft nur bei bestimmten Verfahrensverstößen Revision einlegen. Die Bestimmung fiel später weg.

58) Hahn, Materialien zu den Reichsjustizgesetzen II. Zivilprozeßordnung.

59) Hahn, Motive zur StPO S. 250, 251 und Hahn, Motive zu ZPO S. 145.

60) Hahn, Motive zur ZPO S. 140, 141, 362.

61) Hahn, Motive zur ZPO S. 363.

62) Hahn, Motive zur ZPO S. 142.

63) Hahn, Motive zur ZPO S. 363.

prozessualen Verstöße und die grundsätzlich generelle Rügemöglichkeit der letzteren ergibt sich auch aus folgenden Darlegungen:

"Die Tätigkeit des Revisionsgerichts ist auch nicht beschränkt durch den Gegenstand der verletzten Rechtsnorm, mag sie das materielle Recht oder das Verfahren betreffen. Das preußische Recht über die Nichtigkeitsbeschwerde hat sich, von dem französischen Kassationsre-kurse abweichend, zu einer Unterscheidung zwischen materiellem Recht und Prozeßrecht verstanden und in Betreff des letzteren das Rechts-mittel nur im Falle der Verletzung w e s e n t l i c h e r Prozeß-vorschriften gewährt. Die Unterscheidung des preußischen Rechts entbehrt der inneren Begründung. Dieselbe beruhte auf dem Bestreben, die Zahl der zum Ersatze der Revision bestimmten Nichtigkeits-beschwerden möglichst einzuschränken. Die Unterscheidung hat nachteilig gewirkt, indem sie eine gesunde Entwicklung des Rechts-mittels durch Theorie und Praxis verhinderte. Die späteren preuß. Verordn. vom 21. Juli 1849 und 24. Juni 1867 haben daher die kasuistische Spezialisierung der als wesentlich zu betrachtenden Prozeßvorschriften aufgegeben. Der Entwurf folgt diesem Vorgange; er schließt keine Prozeßvorschrift von der Revision aus."⁶⁴⁾

Noch einmal wird die grundsätzliche Unbeschränktheit der Rüge-möglichkeit bei der Behandlung des § 489 ZPO des Entwurfs, der dem § 338 StPO - absolute Revisionsgründe - entspricht, besonders betont:

"§ 489 hat eine ausschließlich deklarative Bedeutung. Der Grund-satz des § 487, daß die Revision nur auf eine solche Gesetzesver-letzung gestützt werden kann, auf welcher die angefochtene Entschei-dung beruht, führt zu der Untersuchung, ob durch denselben für ge-wisse Gesetzesverletzungen im Verfahren, welchen andere Gesetzgebun-gen eine absolute Bedeutung beilegen, die Rüge gesichert ist. Diese in den Nr. 1-7 aufgeführten Verletzungen haben, indem sie die Grundlagen des Verfahrens berühren, eine hervorragende Bedeutung; da sie aber außerhalb jeder Beziehung zu dem materiellen Inhalte des

64) Hahn, Motive zur ZPO S. 366.

Urtheils stehen, so kann es zweifelhaft bleiben, ob d a s s e l b e auf i h n e n b e r u h t , denn seinem Inhalte nach kann das Urtheil, und zwar nicht blos nach Lage der Verhandlungen, sondern auch nach der wahren Lage der Sache vollständig richtig sein..... In diesem Sinne soll in allen hervorgehobenen Fällen der Z w e i f e l , ob der ursächliche Zusammenhang zwischen dem Urtheile und der Gesetzesverletzung vorhanden ist, gelöst werden. Daß der Zusammenhang "stets" anzunehmen sein soll, sichert gegen die Annahme, als würden durch Aufzählung dieser Fälle andere Fälle, in denen die Entscheidung auf der Verletzung eines P r o z e ß g e s e t z e s beruht, von der Revision ausgeschlossen. Der Versuch einer Parallele zwischen dem § 489 und der Beschränkung der Nichtigkeitsschwerde nach preuß. Rechte auf die Verletzung bestimmter als wesentlich anerkannter Prozeßvorschriften ist daher als verfehlt zurückzuweisen."⁶⁵⁾

Nach der Entstehungsgeschichte, namentlich bei Auswertung der Gesetzesmaterialien kann wohl kein Zweifel bestehen, daß der Gesetzgeber bestrebt war, in § 337 StPO eine a l l g e m e i n e , g r u n d s ä t z l i c h j e d e n V e r f a h r e n s v e r s t o ß u m f a s s e n d e R ü g e m ö g l i c h k e i t zu schaffen. Für eine Begrenzung des Rügerechts des Beschwerdeführers bei Verfahrensverstößen auf Verletzungen, die seinen R e c h t s - k r e i s b e r ü h r e n , fehlt nicht nur jeder Anhaltspunkt; diese Deutung ist nach dem Dargelegten schlechthin ausgeschlossen.

c) Zu prüfen bleibt noch, ob ein solches allgemeines Rügerecht bei Verfahrensverstößen aus der heutigen Sicht in das Gesamtgefüge der Rechtsordnung und der StPO sowie in die Zweckordnung der Rechtsmittel und speziell der Revision paßt, ob ein derartiger Gesetzeszweck dem o b j e k t i v i e r t e n W i l l e n des Gesetzgebers entspricht.

Aufgabe der StPO ist es, wie das RG bereits in einer frühen

65) Hahn, Motive zur ZPO S. 369 und 370.

Entscheidung feststellt⁶⁶⁾, "das staatliche Strafrecht" geltend zu machen. "In jedem konkreten Einzelfall ist zu ermitteln und festzustellen, ob gegen den Angeklagten der Beweis strafrechtlicher Schuld geführt worden sei". Diesem Ziel, den Sachverhalt zu ermitteln, den Beweis zu erheben, gilt vornehmlich die Arbeit des Richters. Um seine Tätigkeit zu ermöglichen, stattet das Gesetz ihn mit einer Fülle von Machtbefugnissen aus, die erhebliche Eingriffe in die Rechte des Beschuldigten, aber auch in die Sphäre Dritter, wie z.B. der Zeugen erlauben. Der Strafanspruch des Staates, den es zu verwirklichen gilt, besteht nur gegen den Schuldigen. Er, aber auch nur er soll bestraft werden. Nun lehrt die Erfahrung von Jahrhunderten, daß nicht selten eine falsche Verdächtigung oder ein unbegründeter Verdacht einen Unschuldigen vor die Schranken des Gerichts geführt hat. Mit dieser Möglichkeit muß das Gesetz rechnen. Es muß daher die Prozeßordnung so ausgestalten, daß sie einerseits die Gewähr dafür bietet, daß der Schuldige nach Möglichkeit überführt, daß aber andererseits auf jeden Fall verhindert wird, daß ein Unschuldiger verurteilt wird. Die ungerechtfertigte Bestrafung eines Nichtschuldigen bedeutet dabei für die Gemeinschaft, für die Rechts-treue der Bürger und für die Autorität der Gerichte die weit größere Gefahr, als die Nichtbestrafung Schuldiger. Der Strafprozeß, der ja ohnedies erst in seinem Ergebnis zeigen kann und will, ob ein Schuldiger oder Unschuldiger angeklagt war⁶⁷⁾, muß also beiden Möglichkeiten gerecht werden. Zur Erfüllung seiner doppelseitigen Aufgabe ist er mit bestimmten Spielregeln ausgestattet, nach denen zu verfahren ist. Diese Vorschriften schützen gegen die Fehlsamkeit des Richters, gegen seinen Übereifer, aber auch gegen Willkür und Mißbrauch der staatlichen Macht. Die Wahrheitsermittlung hat auf "justizförmigem Weg"⁶⁸⁾ zu erfolgen.

In diesen Aufgabenkreis des Strafprozesses sind auch die Rechtsmittel eingegliedert. Ihr "Zweck ist nach der Aufgabe des Straf-

66) RGSt 4, 353.

67) Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht S. 27.

68) Eberh. Schmidt, Lehrk. Teil 1 Nr. 14.

prozesses zu bestimmen."⁶⁶⁾ Die weitere, meist besser ausgestattete Instanz kann den Sachverhalt mitunter gründlicher aufklären, Verstöße gegen die Verfahrensordnung, gegen die "schützenden Formen"⁶⁹⁾ ausmerzen und Fehlentscheidungen beseitigen. Das Rechtsmittelsystem dient somit der Wahrheit und Gerechtigkeit, den Grundprinzipien des Strafrechts, in hervorragender Weise. Die Rechtsordnung, die das größte Interesse an der Beseitigung fehlerhafter Akte und falscher Entscheidungen hat, neigt ihrem Wesen nach dazu, eine möglichst weitgehende Nachprüfung des Urteils zuzulassen⁷⁰⁾. Praktische und fiskalische Erwägungen haben allerdings diese Grundtendenz häufig eingeschränkt. Im Rahmen der durch das Gesetz gezogenen Grenzen, namentlich bei der Auslegung der Bestimmungen, wirkt aber das der Grundaufgabe des Strafprozesses entsprechende Postulat weiter. Dies gilt auch für die Revision, der das Moment einer gewissen Begrenzung der Anfechtungsmöglichkeit wesentlich ist.

Die Revision prüft das Urteil der unteren Instanz nur in rechtlicher Hinsicht nach. Die tatsächlichen Feststellungen des Urteils, die Basis, auf der die Rechtsanwendung beruht, ist für das Revisionsgericht bindend. Eine richtige, eine gerechte Entscheidung liegt nur dann vor, wenn 1.) die Wahrheit ermittelt, die Urteilsbasis also zutreffend festgestellt ist, und wenn 2.) auf den festgestellten Tatbestand das Gesetz richtig angewendet worden ist. Das Revisionsgericht, dessen Überprüfungstätigkeit auf die 2. Aufgabe beschränkt ist, kann im Einzelfall dem Recht nur dann zum Sieg verhelfen, wenn das Untergericht die 1. Aufgabe richtig gelöst hat. Nur wenn die Urteilsbasis nicht in dem vom Gesetz vorgeschriebenen Weg, nicht in einem justizförmigen Verfahren vom Tatsachenrichter gewonnen worden ist, ist das Revisions-

69) Eberh. Schmidt, Lehrk. Teil 1 Nr. 15.

70) Neukamp S. 163.

gericht daran nicht gebunden. Dem Richter der unteren Instanz bleibt dabei für die Feststellung des Sachverhalts immer noch ein weiter, dem Revisionsgericht nicht zugänglicher Spielraum. Er bestimmt, welche Tatsachen und Beweismittel für die Erforschung der Wahrheit und für die Entscheidung des Falles von Bedeutung sind - § 244 Abs. 2 StPO -. Er entscheidet über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien, aus dem Inhalt der Verhandlung geschöpften Überzeugung - § 261 StPO -. Das notwendige Korrelat zu dieser Allmacht des Richters bei der Tatsachenfeststellung muß es sein, sicherzustellen, daß er die möglichen Erforschungsmittel sorgfältig benutzt und die für die Erhebung des Beweises vom Gesetz geschaffenen Vorschriften peinlich beachtet⁷¹⁾. Dienen doch gerade diese Bestimmungen vornehmlich der Wahrheitsfindung und der Justizförmigkeit des Verfahrens, den - wie oben dargelegt - beiden Polen der Verfahrensordnung. Das Revisionsgericht kann die Aufgabe⁷²⁾, über die Gesetzmäßigkeit des Verfahrens zu wachen, nur erfüllen, wenn alle hier in Betracht kommenden Verfahrensverstöße mit der Revision gerügt werden können. Darf es doch nur die Prozeßverstöße beachten, die gerügt sind - § 352 Abs. 1 StPO -. Nur das Interesse des Angeklagten am Ausgang des Verfahrens bietet die Gewähr, daß von einer Rügemöglichkeit auch Gebrauch gemacht wird. Es entspricht demnach dem Zweck des Gesetzes, dem Beschwerdeführer ein allgemeines Rügerecht bei Verfahrensverstößen zuzubilligen.

Das Recht ist eine Gemeinschaftsordnung. Jeder Rechtsgenosse hat Anspruch auf Gleichheit vor dem Gesetz. Der Gerechtigkeit ist das Prinzip der Gleichmäßigkeit wesentlich. Gleichliegende Fälle sollen gleichmäßig entschieden werden. "Denn nichts gefährdet mitunter so sehr die Rechtssicherheit und erschüttert so sehr das Vertrauen des Volkes zu den Gerichten, nichts erbittert so sehr gegen

71) Beling-Festschrift- S.148.

72) Glaser bezeichnet es im Vorwort zu seinen Beiträgen zur Lehre vom Beweis im Strafprozeß als wichtigste Aufgabe, "den Fortbestand eines Beweisrechts mit der Freiheit der Beweiswürdigung in Einklang zu bringen, ersteres unter den Schutz eines Rechtsmittelsystems zu stellen....".

die Justiz, als eine ungleichmäßige, rechtliche Behandlung gleichliegender Fälle"⁷³⁾. Bei der Strafzumessung kann eine Gleichmäßigkeit nur angestrebt, aber nie erreicht werden. Unbedingt zu fordern ist sie aber bei der Rechtsanwendung und zwar nicht nur beim materiellen, sondern auch beim Verfahrensrecht. Gerade der vom BGH behandelte Fall zeigt, daß eine unterschiedliche Verfahrensgestaltung zu entgegengesetzten Entscheidungen führen kann. Hätte das Gericht in jenem Falle § 55 Abs. 2 StPO beachtet, so wäre offensichtlich Freispruch erfolgt. Die Mißachtung der Vorschrift ermöglichte eine Verurteilung. Eine Rechtsordnung, die auf eine gleichmäßige Gerechtigkeit abzielt, muß dafür Sorge tragen, daß das Rechtsmittelgericht in den Stand gesetzt wird, solche die Entscheidung beeinflussende Verfahrensverstöße auszumerken. Dies kann sie ermöglichen, wenn sie dem Angeklagten ein Rügerecht zubilligt, das sich auf alle diese Verfahrensvorschriften erstreckt.

Die Fehlentscheidung im Einzelfall verkürzt bei ungerechtfertigter Freisprechung nur den Strafanspruch des Staates gegen e i n e n Täter oder trifft bei unrichtiger Verurteilung nur e i n e n Angeklagten. Eine Unsicherheit oder Zersplitterung der Rechtsprechung birgt dagegen die weit größere Gefahr, daß eine u n b e s t i m m t e Z a h l von Fällen in Zukunft falsch entschieden wird. Der Umstand, daß unsere Rechtsordnung im Gegensatz zum anglo-amerikanischen Recht den Zwang strenger Präjudizien nicht kennt, unterstreicht noch die Notwendigkeit, dafür Sorge zu tragen, daß die Einheitlichkeit der Rechtsprechung und der Fortbildung des Rechts gesichert wird⁷⁴⁾. Diese wichtige Aufgabe obliegt, wie ich bereits oben in der Entstehungsgeschichte ausgeführt habe, dem Revisionsgericht. Die alte Streitfrage nach dem Hauptzweck der Revision - Sorge für die gerechte ~~xxx~~ Entscheidung des Einzelfalles oder Wahrung der Rechtseinheit - ist, jedenfalls hier,

73) Mannheim S. 29.

74) Mannheim S. 21.

müßig⁷⁵⁾). Es genügt festzustellen, daß auch diese Hauptaufgabe der Revision das allgemeine Rügerecht des Angeklagten bei Verfahrensverstößen nicht nur nicht ausschließt, sondern es geradezu erfordert. Im übrigen gehen die beiden Hauptaufgaben des Rechtsmittels ohnedies ineinander über; denn die durch die Rechtseinheit mitverbürgte Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung ist, wie oben bereits ausgeführt, auch für die gerechte Entscheidung des Einzelfalles wesentlich.

"Die Verletzung einer gesetzlichen Bestimmung wird, wenn sie erfolglos bleibt, sicherlich die Mutter einer zahlreichen Nachkommenschaft. Die Trägheit findet in ihnen eine Stütze und die Böswilligkeit einen Reiz zur Ungerechtigkeit".⁷⁶⁾ "Das einzige zuverlässige Mittel, die Beobachtung wenigstens der wesentlichen Prozeßvorschriften zu erreichen, besteht darin, daß an die Nichtverfolgung die Nichtigkeit des Verfahrens geknüpft wird."⁷⁷⁾ Diese drastischen Sätze Otto Fischers und Savignys weisen auf die Aufgabe der Rechtsmittelgerichte hin, die Rechtspflege durch e r - z i e h e r i s c h e E i n w i r k u n g auf den Tatsachenrichter zu verbessern. Das Berufungsgericht scheidet im wesentlichen für diese Aufgabe aus, weil die Sache vor ihm neu verhandelt und entschieden werden kann - von der Möglichkeit des § 328 Abs. 2 StPO wird erfahrungsgemäß sehr selten Gebrauch gemacht -, der Verfahrensverstoß der unteren Instanz daher gegenstandslos wird, nicht zum Tragen kommt und nicht herausgestellt wird⁷⁸⁾. Dagegen ist das Re-

75) Namentlich S c h w i n g e hat in seinen "Grundlagen des Revisionsrechts" entgegen der herrschenden Meinung die Ansicht verfochten, der wesentliche, ja der eigentliche Zweck der Revision sei die Wahrheit der Rechtseinheit. Möglicherweise ist diese Ansicht in etwa von der damaligen - 1935 - Grundeinstellung mitbestimmt, Sinn, Zweck und Daseinsberechtigung jeder Institution allein nach ihrem Wert für die Gemeinschaft zu deuten und Schutzeinrichtungen für den einzelnen nicht mehr anzuerkennen.

76) Otto Fischer in JW 1904, 313.

77) Savigny in "Prinzipienfragen" (1846) S. 99, zitiert bei Schwinge S. 39.

78) Vereinzelt war die Unsitte zu beobachten, daß das Untergericht im Falle einer erfolversprechenden Anfechtung des Urteils mit

visionsgericht in hervorragendem Maße geeignet, den Tatsachenrichter, der im Drang des Geschäftes mitunter versucht ist, Verfahrensbestimmungen leicht zu nehmen oder sich über sie hinwegzusetzen, zum "exakten Prozedieren"⁷⁹⁾ anzuhalten, und zwar wirkt das Rechtsmittel der Revision, wie A l s b e r g bemerkt, hier "weniger durch seine Anwendung im Einzelfall, als durch die Tatsache, daß es überhaupt existiert"⁸⁰⁾. Die Revision aus prozessualen Gründen ist so "eine in ihrer Bedeutung kaum zu überschätzende K a u t e l für die Güte der Rechtsprechung"⁸¹⁾. Ein umfassendes Rügerecht des Angeklagten allein bürgt dafür, daß die Verstöße der Untergerichte auch in umfassender Weise gerügt werden und das Revisionsgericht dadurch in den Stand gesetzt wird, seiner erzieherischen Aufgabe nachzukommen. Wird eine Verfahrensvorschrift, wie etwa entsprechend der Ansicht des BGH § 55 Abs. 2 StPO, vom Rügerecht des Beschwerdeführers ausgeschlossen, so bedeutet dies, daß sich das Gericht über diese Norm jederzeit ohne Konsequenzen hinwegsetzen kann. Die Bestimmung verliert so im Ergebnis ihren gesetzlich vorgesehenen zwingenden Charakter und sinkt auf die Stufe einer bloßen Sollvorschrift herab. Sie würde durch ihre mangelnde Revisibilität für die praktische Rechtsausübung weitgehend entwertet.⁸²⁾

d) Zusammenfassend komme ich zu dem Ergebnis, daß § 337 StPO seinem W o r t l a u t nach ein allgemeines Rügerecht des Ange-

der Revision wegen eines Verfahrensverstößes die Staatsanwaltschaft bat, ihrerseits das Urteil mit der Berufung anzufechten, um der Revision den Boden zu entziehen - § 335 Abs. 3 StPO -, ein deutlicher Hinweis auf die Wirkung der Revision auf den Tatsachenrichter.

79) Eberh. Schmidt, Lehrkommentar, Vorbem. 39 zu § 296.

80) Alsberg, Verhandlungen des 35. Juristentages (1928) I. Bd. S. 478, zitiert bei S c h w i n g e S. 39.

81) S c h w i n g e S. 39.

82) M a n n h e i m rechnet zu den Zweckbestimmungen der Revision auch noch die Möglichkeit des Staates, durch Besetzung der Revisionsgerichte mit gefügigen Richtern auf die Rechtspflege einzuwirken, eine Vorstellung, die nach unserer staatsrechtlichen Ordnung als gegenstandslos betrachtet werden kann.

klagten bei Verfahrensverstößen normiert und daß diese Deutung, deren Richtigkeit von der Entstehungsgeschichte des Gesetzes noch unterstrichen wird, dem Wesen und Zweck der Revision und des ganzen Gesetzes, auch aus heutiger Sicht, durchaus entspricht. Dieses durch die "orthodoxe" Auslegungsmethode gefundene Ergebnis ist "verfassungskonform"

- Ich könnte mir jedenfalls keine Verfassungsnorm und keinen Verfassungsgrundsatz denken, die entgegenstehen, und sehe daher von weiteren Ausführungen zu diesem Punkt hier ab. - und auch praktisch.

Die naheliegende Befürchtung, das allgemeine Rügerecht könne zu einer Überschwemmung der Revisionsgerichte mit prozessualen Anfechtungen und damit letztlich zu einem Nachteil für die Rechtsprechung führen, ist nämlich unbegründet. Die Anerkennung des Grundsatzes der allgemeinen Revisibilität bedeutet keineswegs, daß jeder der zahlreichen möglichen Verfahrensverstöße auch tatsächlich die Revision zu begründen vermag. Auszuscheiden sind zunächst die vielen Instruktions-, Ordnungs- oder Sollvorschriften.⁸³⁾ Nicht nachzuprüfen durch den Revisionsrichter sind auch die reinen Ermessensentscheidungen des Untergerichts⁸⁴⁾. Ferner kann der Angeklagte bei einzelnen Verstößen sein Rügerecht verwirken, wenn er es nicht rechtzeitig geltend macht, so beim Einwand der örtlichen Unzuständigkeit - § 16 StPO -, beim Aussetzungsantrag, bei Nichteinhaltung

83) Ihnen streitet ein Teil der Judikatur und Literatur den Charakter einer echten Rechtsnorm - und damit die erste Voraussetzung für die Revisibilität - überhaupt ab. Soweit diese Ansicht nicht geteilt wird, gilt ihre Nichtbeachtung weitgehend als unschädlich für den Bestand des Urteils. Dazu RGSt 42, 168: "Ein Gesetz kann nur verletzt werden, soweit es befolgt werden muß, soweit das Gericht zu seiner Befolgung verpflichtet ist. Die Ordnungsvorschriften sind erlassen, weil der Gesetzgeber dem Umstand Bedeutung beimißt, daß ihnen entsprochen wird. Deshalb ist zu erwarten, daß der Richter sie als Regel beachtet und sich nicht ohne Grund über sie hinwegsetzt Aus dem Begriff der instruktionellen Vorschrift ergibt sich, daß im Sinne des § 376 StPO - jetzt § 337 StPO - die Vorschrift keine Rechts-

der Ladungsfrist - § 217 Abs. 2 StPO -, beim Antrag auf Unterbrechung der Hauptverhandlung im Falle einer Nachtragsanklage - § 266 StPO - und namentlich nach herrschender Rechtsansicht⁸⁵⁾ auch, wenn er bei fehlerhafter Sachleitung des Vorsitzenden oder bei Zweifeln über die Zulässigkeit von Fragen nicht die Entscheidung des Gerichts angerufen hat - §§ 238 Abs. 2, 242 StPO - . Ein beachtlicher Kreis von Verfahrensvorschriften, wie z.B. die Bestimmungen über die Verhaftung, Beschlagnahme, Straffestsetzung gegen Zeugen nimmt seinem Wesen nach keinen Einfluß auf das Urteil, kann also die Revision nicht begründen, weil das Urteil nicht auf solchen Gesetzesverletzungen "beruht".⁸⁶⁾ Bedenkt man schließlich noch, daß in vielen Fällen erhebliche Schwierigkeiten bestehen werden, den Verfahrensverstoß und seine Ursächlichkeit zu beweisen - für die Ursächlichkeit genügt allerdings die Möglichkeit, daß der Verstoß für die Entscheidung kausal war -, die von einer Revisionseinlegung abschrecken können, daß wieder andere Verfahrensverstöße sich durchaus günstig für den Angeklagten ausgewirkt haben können und dieser daher durch die darauf beruhende Entscheidung nicht beschwert ist und daß der Angeklagte

norm und ihre Nichtbefolgung, welche stets durch die Lage des Falles veranlaßt sein kann, keine Gesetzesverletzung enthält." Ähnlich RG 10, 436; 31, 140 und 56, 66. S. auch: Mannheim S. 141, KM Anm. 1 d Löwe-Rosenberg Anm. 3 a, Eberh. Schmidt, Lehrkom. Erl 18, 19 zu § 337 StPO, Schwinge S. 88 ff.

- 84) RGSt 57, 29, S c h w i n g e S. 107 ff., Löwe-Rosenberg Anm. 2a, KM Anm. 4 c zu § 337 StPO.

Irrt sich allerdings der Richter über die Voraussetzungen und die Grenzen des Ermessens, so liegt ein revisibler Verstoß vor. Ähnliches gilt bei der Anwendung von Sollvorschriften. S. dazu Beling - Festschrift - S. 115 und Beling, Deutsches Reichsstraßprozeßrecht S. 412, KM a.a.O.

- 85) S. KM Anm. 10, Löwe-Rosenberg Anm. 7 c, Eberh. Schmidt Erl. 67 zu § 337 StPO und die dort zitierte Literatur. Die Frage der Verwirkung ist noch sehr umstritten. Eine dem § 295 ZPO (Heilung von fehlerhaften Prozeßhandlungen durch Unterlassung der Rüge) entsprechende Vorschrift fehlt der Strafprozeßordnung. Es widerspricht dem Wesen des Strafprozesses - im Gegensatz zum Zivilprozeß -, den Angeklagten die Verantwortung oder Mitverantwortung für die ordnungsgemäße Verfahrensgestaltung dadurch aufzulasten, daß man ihm im Falle einer Nichtbeanstandung in der Hauptverhandlung das Rügerecht entzieht.

- 86) B e l i n g - Festschrift - bemerkt dazu: "Mangelhaftigkeit der

auch bei aussichtsreichen Anfechtungsmöglichkeiten aus Zweckmäßigkeitsgründen von einer Revision absehen mag, weil er bei ordnungsgemäßer Wiederholung des Verfahrens kein anderes Endergebnis erwarten kann, so schrumpft die Zahl der prozessualen Revisionen merklich zusammen. Tatsächlich stellen das Hauptkontingent der, namentlich der erfolgreichen Revisionen die auf Verletzung des materiellen Rechts gestützten.

e) Die juristische *L i t e r a t u r* hat das allgemeine Rüge-recht anerkannt, zum Teil ausdrücklich, zum Teil nur beiläufig, durchwegs aber im Tone einer gewissen Selbstverständlichkeit, wie wenn die Frage keiner weiteren Erläuterungen bedürfte: So *R o s e n - b e r g* ⁸⁷⁾, der allerdings zugleich bezweifelt, ob durch die ge-troffene Regelung die legislatorische Aufgabe in befriedigender Weise gelöst wurde; *M a n n h e i m* ⁸⁸⁾ mit der Feststellung, daß jede Gesetzesverletzung, die nicht die tatsächliche Feststellung betrifft, grundsätzlich der Revision unterliegt, *G o l d s c h m i d t* ⁸⁹⁾ mit seiner Erklärung, "daß jeder Beobachtungs- oder Subsumtionsfeh-ler, auf dem die Entscheidung beruht, zu ihrer Abänderung führt, so-weit nicht die Abänderung der Entscheidung, sei es überhaupt, sei es wegen des in Betracht kommenden Fehlers ausgeschlossen ist," *B e l i n g* ⁹⁰⁾ mit seiner Forderung, daß alle nicht "prozeßord-nungsgemäß gewonnenen Feststellungen" im "Urteilssyllogismus" nicht zu berücksichtigen sind, *G e r l a n d* ⁹¹⁾, der aus Voraussetzung für die Rüge wegen eines Verfahrensverstosses den "imperativen" Charak-

gesanten Prozedur vor dem Urteil kommt als solche nie in Be-tracht. Vielmehr interessiert sie nur, wenn und soweit sie auch das Urteil vitiiert" - S. 140 -. Gage-Sarstedt: "Zu den Verfah-rensmängeln, auf denen das Urteil in aller Regel nicht beruhen kann, gehören die meisten Mängel des Ermittlungsverfahrens" - S. 55 -.

87) Löwe-Rosenberg 15. Aufl., Anm. 7 zu § 376 StPO.

88) Mannheim S. 38.

89) Goldschmidt S. 503.

90) Beling, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht S. 412; s. auch Bennecke - Beling S. 581.

91) Gerland S. 419.

ter der Vorschrift herausstellt und einen "relevanten Prozeßverstoß" immer ~~xxxx~~ annimmt, wenn "eine Prozeß-handlung gar nicht, fehlerhaft oder zu Unrecht vorgenommen ist", offensichtlich auch v. H i p p e l ⁹²⁾, wenn er auch die Frage nicht ausdrücklich erläutert, N ü s e ⁹³⁾ mit der auf RGSt 71, 21 gestützten Erklärung, jeder Prozeßbeteiligte könne verlangen, "daß das Gericht ordnungsgemäß prozediert" und könne Verstöße, die sich zu seinem Nachteil auswirken, mit der Revision rügen, N i e s e ⁹⁴⁾, der ebenfalls das prozessuale Recht des Beschuldigten auf Beachtung a l l e r Verfahrensvorschriften betont, und E b e r - h a r d S c h m i d t ⁹⁵⁾ mit der Erklärung, daß das Rügerecht "alles umfaßt, was an prozessualen Gesetzesverletzungen überhaupt in Frage kommt."

Die frühere höchstrichterliche J u d i k a t u r läßt eine eindeutige Beantwortung der Frage vermissen. Zahlreiche Entscheidungen des RG in Strafsachen weisen allerdings in ihren Begründungen in die Richtung eines allgemeinen Rügerechts bei Verfahrensverstößen, so, wenn sie mehrfach betonen, der Angeklagte könne verlangen, daß gegen ihn prozeßordnungsgemäß verfahren werde ⁹⁶⁾, wenn sie fordern, die Entscheidung dürfe nicht auf einem Verfahren beruhen, welches die vom Gesetz für die Erhebung des Beweises gegebenen Normen verletzt ⁹⁷⁾, wenn sie als Voraussetzung der Rügefähigkeit einer Verfahrensbestimmung deren imperative Fassung genügen lassen ⁹⁸⁾, wenn sie die Verwertung "illegaler", d.h. auf nicht prozeßordnungsgemäßem Wege gewonnener Beweismittel verbieten ⁹⁹⁾. Demgegenüber erklären andere Entscheidungen, Revision könne nur der einlegen, dessen "Ansprüche" oder "Befugnisse" gegen andere Prozeßteilnehmer verletzt seien ¹⁰⁰⁾. Sie verraten damit eine Vorstellung über die

92) v. Hippel S. 581 ff.

93) Alsberg-Nüse S. 205.

94) Niese JZ 1953 S. 233.

95) Eberh.Schmidt JZ 1958, S. 598; s. auch Lehrkomm. Erl 9 zu § 55.

96) RGSt 57, 63; 71, 21.

97) RGSt 2, 192; 4, 355.

98) RGSt 10, 436; 31, 140.

99) RGSt 8, 123; 20, 186.

100) RGSt 48, 269; 57, 64.

prozeßrechtlichen Beziehungen zwischen Gericht, Parteien und Dritten, die eine Einschränkung der Rügemöglichkeit bei Verfahrensverstößen allerdings denkbar erscheinen läßt und auf eine solche Einschränkung mit dem Abgrenzungsmoment Verletzung dieser "Ansprüche" oder "Befugnisse" auch hinweist. Ich werde mich mit dieser Anschauung über das Prozeßverhältnis später näher befassen.

IV.

Das gefundene Auslegungsergebnis steht mit dem des Großen Senats des BGH in einem unüberbrückbaren Gegensatz. Ist die Ansicht des BGH, der das Rügerecht des Angeklagten bei Verfahrensverstößen auf solche beschränkt, die seinen Rechtskreis berühren, zutreffend, so muß die hier durchgeführte Auslegung des Gesetzes einen wesentlichen Gesichtspunkt übersehen haben. Nun unterstreichen aber die Gesetzesmaterialien die hier vertretene Meinung so klar ^{schließen} und die abweichende Ansicht des BGH so eindeutig aus, daß die Folgerung naheliegt, die behauptete Deutung des § 337 StPO sei jedenfalls zur Zeit des Inkrafttretens des Gesetzes zutreffend gewesen. Es bliebe dann nur noch die Möglichkeit, daß ein - hier nicht erkannter - "Bedeutungswandel", eine Änderung der für die Ausgestaltung der Revision maßgebenden Umstände, vorliege, der die vom BGH geforderte einschränkende Auslegung des Gesetzes rechtfertige. Der Umstand, daß die gesetzlichen Bestimmungen über die Revisionsgründe trotz zahlreicher Gesetzesänderungen, auch in jüngster Zeit, unverändert geblieben sind, spricht allerdings mehr für einen unveränderten Sinngehalt des Gesetzes.

a) Der BGH rechtfertigt seine Ansicht mit folgender Begründung, die ich der Klarheit halber im Wortlaut wiedergebe:

"§ 337 StPO gibt keinen Aufschluß. Er will die Revision auf die Anfechtung der Verletzung von Rechtsnormen beschränken. Aus ihm läßt sich aber nicht herleiten, daß alle Verfahrensbeteiligten schlechthin alle Verfahrensverstöße mit der Revision rügen können.

Gegen die unbeschränkte Anfechtbarkeit spricht schon die natürliche Stufung der Verfahrensvorschriften. Neben allgemein übergeordneten Normen, welche die rechtsstaatlichen Grundlagen des Verfahrens gewährleisten (vgl. u.a. § 169 GVG; §§ 22 - 27, 136 a, 140, 338 StPO), enthält das Strafverfahrensrecht Vorschriften, die nach ihrer Bedeutung und Tragweite für die Rechte der Verfahrensbeteiligten sehr verschiedenen zu bewerten sind, und auch solche, deren Anwendung von dem nicht nachprüfbareren Ermessen des Tatrichters abhängt. Nicht alle Bestimmungen - von bloßen Ordnungsvorschriften ganz abgesehen - berühren den Rechtskreis des Angeklagten in gleichem Maße.

Der Annahme eines alles umfassenden Revisionsrügerechts steht weiter entgegen, daß die Möglichkeit Verfahrensverletzungen festzustellen, für das Revisionsgericht sehr begrenzt ist. Die Strafprozeßordnung sieht hierfür das Sitzungsprotokoll vor, in dem der Gang der Hauptverhandlung jedoch nur im wesentlichen wiederzugeben und nur die Beobachtung der wesentlichen Förmlichkeiten ersichtlich zu machen ist (§ 273 StPO). Dem Nachweis nichtprotokollpflichtiger Verfahrensvorgänge, auf die sich die Revision zur Begründung von Verfahrensverstößen gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO uneingeschränkt stützen darf, stellen sich deshalb häufig unüberwindliche Schwierigkeiten entgegen. Denn der Freibeweis scheitert meistens daran, daß ausreichende Unterlagen für eine Würdigung durch das Revisionsgericht fehlen.

Ebenso deutet die Notwendigkeit, gegenüber sachleiten-

den Anordnungen des Vorsitzenden zunächst die Entscheidung des Gerichts anzurufen (§§ 238 Abs. 2, 242 StPO), darauf hin, daß nicht jeder Verfahrensverstoß das Revisionsrügerecht nach sich zieht.

Die Verfahrensgestaltung in ihrer Gesamtheit nötigt hier-nach dazu, ein allgemeines Revisionsrügerecht gegenüber Ver-fahrensverstößen abzulehnen.

Da sich der Ausschluß des Rügerechts im einzelnen nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergibt, muß bei jeder Vorschrift geprüft werden, ob ihre Verletzung den Rechtskreis des Beschwer-deführers wesentlich berührt oder ob sie für ihn nur von unter-geordneter oder von keiner Bedeutung ist. Bei dieser Untersuchung sind vor allem der Rechtfertigungsgrund der Bestimmung und die Frage, in wessen Interesse sie geschaffen ist, zu berücksichtigen. Einen wichtigen Anhaltspunkt bietet auch die Protokollfähigkeit des Vorgangs, auf den die Rüge gestützt wird."

b) Die Ausführungen des BGH vermögen nicht zu überzeugen.

Die angeführten Gesichtspunkte zwingen zunächst keineswegs zu dem Schluß, das allgemeine Rügerecht des Angeklagten vertrage sich nicht mit der Verfahrensgestaltung in ihrer Gesamtheit.

Daß der W o r t l a u t des Gesetzes, entgegen der Meinung des BGH für die Beantwortung der Frage keineswegs nichtssagend ist, sondern auf ein allgemeines Rügerecht des Angeklagten hinweist, habe ich bereits oben ausgeführt - s. III a -.

Eine A b s t u f u n g ihrer Bestimmungen in tragende, die das Wesen und die Prinzipien des Ganzen ausweisen, in weniger wichtige bzw. untergeordnete und in unwesentliche zeigt jede Rechtsordnung, jede Verfassung, jedes Gesetzes und auch jede durch eine Mehrzahl von Einzelvorschriften geregelte Institution. Die Feststellung des Be-schlusses, die Strafprozeßordnung enthalte neben übergeordneten Normen, die die rechtsstaatlichen Grundlagen gewährleisten, Bestimmungen mit

unterschiedlicher Bedeutung und Tragweite für die Rechte der Verfahrensbeteiligten, verrät also keineswegs etwas Wesenhaftes oder für die StPO Typisches. Auch zwingt diese Erkenntnis nicht dazu, die Anfechtbarkeit der Verfahrensverstöße etwa nach dieser natürlichen Abstufung ihrer Bedeutung zuzulassen. Wie oben ausführlich dargelegt, war es ja gerade das Hauptanliegen des modernen Strafprozesses, dererlei Unterscheidungen, namentlich nach wesentlichen und unwesentlichen Verfahrensbestimmungen bei der Zulassung der Revisionsgründe auszumerzen. Was für die Entscheidung ohne Bedeutung war, reine Ermessensentscheidungen und Verstöße gegen Sollvorschriften sind auch nach der hier vertretenen Auslegung des § 337 StPO von der Revision ausgeschlossen, wie oben bereits dargelegt wurde - III d -. Der Hinweis des BGH auf diese Verstöße minderer Bedeutung hat daher kein Gewicht.

Der Schluß des BGH von der mangelnden P r o t o k o l l f ä h i g k e i t und der S c h w i e r i g k e i t der beweiskräftigen F e s t s t e l l u n g eines Verfahrensvorgangs auf die Einschränkung der Rügemöglichkeit geht fehl. Das Protokoll ist nur maßgebend, soweit es für die Revision auf den Nachweis der in §§ 272, 273 StPO erwähnten Vorgänge und Förmlichkeiten ankommt. Daneben gibt es aber "eine ganze Reihe von Verfahrensverstößen, die durch das Protokoll nicht bewiesen werden können und nicht bewiesen werden brauchen.....". Der Beschwerdeführer hat nach § 344 Abs.2 StPO die Tatsachen anzugeben, die den Mangel des Verfahrens enthalten. "Das Revisionsgericht ermittelt die Tatsachen im Wege des Freibeweises, d.h. es zieht dienstliche Äußerungen der Prozeßbeteiligten ein und würdigt sie im Zusammenhalt mit dem Vortrag der Revisionsrechtfertigung nach seiner freien Überzeugung"¹⁰¹⁾. G a g e - S a r - s t e d t ¹⁰¹⁾ zählt als Beispiel für solche Verfahrensverstöße auf, daß ein Schöffe geschlafen hat, daß der Vorsitzende dem Verteidiger

101) Gage-Sarstedt S.51.

die Redezeit für das Schlußwort von vorneherein beschränkt hat, daß er dem Angeklagten die Benutzung von Aufzeichnungen beim Schlußwort untersagt hat - BGHSt 3, 368 -, daß der Angeklagte infolge einer überlangen Hauptverhandlung nicht mehr verhandlungsfähig war, daß die Schöffen Abschriften der Anklageschrift erhalten hatten. In diesen und vielen anderen gewichtigen Fällen, die sich aus dem Protokoll nicht ergeben, bestehen häufig erhebliche Feststellungsschwierigkeiten. Dies kann aber die Zulässigkeit der Verfahrensrüge nicht berühren. Der Beschwerdeführer läuft nur Gefahr, daß seine Revision mangels ausreichenden Nachweises als unbegründet verworfen wird¹⁰²⁾. Unsere Prozeßordnung verrät nirgendwo die Tendenz, Verfahrensverstöße, die nur schwer festzustellen sind, von der Anfechtung auszuschließen.

Richtig ist, daß die Nichtbeanstandung unzulässiger sachleitender Anordnungen - § 238 Abs. 2 StPO - und unzulässiger Fragen - § 242 StPO - nach herrschender Rechtsansicht zum Verlust des Rügerechts wegen dieser Verfahrensfehler führen kann. Ich habe bereits darauf oben hingewiesen - III d und Anm. 85 -. Aus der Möglichkeit, gegen die Anordnungen des Vorsitzenden in diesen Fällen zunächst die Entscheidung des Gerichts anzurufen, auf eine allgemeine Einschränkungstendenz bei Verfahrensrügen zu schließen, geht aber nicht an. Der BGH hat seinen Gedankengang nicht näher dargelegt. § 238 StPO regelt die Leitung der Verhandlung. Er überträgt sie dem Vorsitzenden. Dieser handelt für das Gericht. Es entspricht dieser Stellung des Vorsitzenden zum Gericht, daß letzteres berechtigt bleibt, prozeßrechtliche Fehlgriffe des Vorsitzenden in der Hauptverhandlung zu korrigieren - § 238 Abs. 2 StPO -. Diese Regelung hat also zunächst mit dem Problem der Einschränkung der Rügemöglichkeit nichts zu tun. Die Rechtsprechung des RG hat dann erst zu dieser Bestimmung die Lehre entwickelt, die unterlassene Anrufung des Gerichts gegen fehlerhafte Anordnungen des Vorsitzenden führe zum Verlust der Rüge-

102) S. dazu auch Eberh. Schmidt in JZ 58, S. 598 und Gossrau in MDR 58 S. 469.

möglichkeit. Diese Lehre ist zudem, namentlich was die Voraussetzungen und den Umfang der Verwirkung des Rügerechts anlangt, noch sehr umstritten und das daraus hergeleitete Argument ist daher, wie Eberhard Schmidt¹⁰³⁾ bemerkt, "schon an und für sich wenig zugkräftig und überzeugend". Die umstrittenen Konstruktionen zur Verwirkung des Rügerechts müßten überflüssig sein, wenn das Gesetz selbst die behauptete Beschränkung des Rügerechts bereits vorsehen würde. In Wirklichkeit ist die Lehre von der Verwirkung eher eine Bestätigung des allgemeinen Rügerechts. Verwirken kann man nur ein Recht, das wirklich existierte. Die nach §§ 230 Abs.2, 242 StPO in Betracht kommenden Verfahrensverstöße wären demnach also revisibel, wenn der Angeklagte durch sein Verhalten im Prozeß nicht zum Ausdruck gebracht hätte, er wolle diesen Verfahrensfehler hinnehmen¹⁰³⁾.

Vermögen die vom BGH angeführten Gründe schon nicht davon zu überzeugen, daß das Gesetz nach seiner Gesamtgestaltung ein allgemeines Rügerecht bei Verfahrensverstößen ausschließt, so können sie erst recht nicht den weiteren Schluß des BGH rechtfertigen, die Beschränkung des Rügerechts habe gerade nach dem Gesichtspunkt der B e r ü h r u n g d e s R e c h t s k r e i s e s zu erfolgen. Mit dem Begriff "Rechtskreis" werde ich mich später näher befassen. Für die folgenden Darlegungen möge er als Summe der Rechte, Rechtsstellungen und rechtsgeschützten Interessen des Beschwerdeführers verstanden werden.

Die vom BGH betonte, natürliche S t u f u n g der Verfahrensvorschriften und die Berührung des Rechtskreises sind keineswegs so zueinander in Beziehung zu setzen, daß die "übergeordneten" Normen den Rechtskreis des Angeklagten etwa am engsten berühren, die Ermessensentscheidungen ihn dagegen am wenigsten oder überhaupt nicht. - Ein solcher Zusammenhang wäre aber für die Beweisführung des BGH erforderlich. - So kann es, worauf Eberhard S c h m i d t¹⁰³⁾ hinweist, für den Angeklagten und seinen "Rechtskreis" völlig belanglos gewesen sein, daß die Vorschriften über die Öffentlichkeit des

103) Eberh.Schmidt JZ 1958, 598.

Verfahrens verletzt wurden - § 338 Ziff. 6 StPO - und daß der Staatsanwalt vorübergehend abwesend war - § 338 Ziff. 5 StPO -. Andererseits können reine Ermessensentscheidungen des Richters den "Rechtskreis" des Angeklagten sehr wesentlich berührt haben.

Auch zwischen der P r o t o k o l l f ä h i g k e i t und F e s t s t e l l b a r k e i t eines Verfahrensvorganges einerseits und der Berührung des "Rechtskreises" andererseits besteht kein Zusammenhang im Sinne der Beweisführung des BGH. Wie bereits oben ausgeführt, kennt die Praxis der Revisionsgerichte eine Reihe gewichtiger Verfahrensverstöße, die den "Rechtskreis" des Beschwerdeführers zweifellos berühren, jedoch nicht durch das Protokoll, sondern mittels Freibeweises festzustellen sind¹⁰⁴⁾.

Das Abgrenzungsmoment "Berührung des Rechtskreises" spielt schließlich auch keine Rolle bei der Vorschrift des § 238 Abs. 2 StPO; denn die nach dieser Bestimmung verwirkbaren Verfahrensrügen umfassen auch Verstöße, die den "Rechtskreis" des Angeklagten sehr wesentlich berühren können.

c) Ich komme somit zu dem Ergebnis, daß der BGH seine These mit den von ihm angeführten Gründen nicht erhärtet hat. Gleichwohl kann die Lehre vom "Rechtskreis", unabhängig von der unzulänglichen Begründung des BGH, einen wahren Kern haben¹⁰⁵⁾. Klingt doch der Begriff "Rechtskreis" gerade unserer heutigen Rechtsanschauung durchaus vertraut. Seit 1945 war der Gesetzgeber besonders bemüht, die Achtung vor der jeder Person zustehenden Rechtssphäre wieder herzustellen und gesetzlich zu sichern. Überraschen muß es freilich, wenn ein Begriff, der zunächst auf den Schutz des einzelnen hinweist, hier dazu dienen soll, die Beschränkung einer prozessualen Verteidigungsmöglichkeit zu rechtfertigen, die eine frühere Rechtsansicht zuzubilligen gewillt war.

104) Gossrau in MDR 1958, 469 "Feststellungsmöglichkeit und Rechtskreis sind zwei Gesichtspunkte, die miteinander nichts zu tun haben."

105) Dies behauptet Gossrau in MDR 1958, 469.

Der BGH hat es leider verabsäumt, klar-zustellen, was er unter "Rechtskreis" versteht, obwohl er diesem Begriff entscheidende Bedeutung beimißt und obwohl er ihn nach dem Stand von Literatur und Judikatur keineswegs als eindeutig und bekannt voraussetzen durfte. Der sehr bildhafte Ausdruck "Rechtskreis" läßt an einen Kreis von "Rechten" denken, die den einzelnen schützend umgeben. Was aber zählt zu diesen "Rechten"? Sicher sind dazu die subjektiven Rechte zu rechnen, die dem Berechtigten einen konkreten Anspruch und die Möglichkeit geben, diesen selbst rechtlich durchzusetzen; ferner wohl auch die sogenannten Reflexrechte, d.h. subjektive Rechtsstellungen individueller Rechtsträger, gewonnen aus den begünstigenden Wirkungen des objektiven Rechts für den einzelnen. Wieweit aber der Beschluß des BGH seinen Kreis von "Rechten" ziehen will, läßt sich auch aus dem Zusammenhang der Begründung der Entscheidung nur schlecht erschließen. Die dafür verwertbaren Hinweise sind knapp und mehrdeutig.

Da heißt es einmal: "Nicht alle Bestimmungen berühren den Rechtskreis des Angeklagten in gleichem Maße", dann, es sei bei jeder Vorschrift zu prüfen, "ob ihre Verletzung den Rechtskreis des Beschwerdeführers wesentlich berührt", später "der Rechtskreis des Angeklagten wird unmittelbar berührt" und schließlich "der Rechtskreis wird nicht so berührt, daß ein Revisionsrügerecht zugestanden werden kann". Daraus läßt sich auf die Art des Rechtskreises noch nicht schließen. Verwirrend für die praktische Anwendung der Rechtskreistheorie muß es sein, worauf namentlich Eberh. Schmidt ¹⁰⁶⁾ hinweist, daß es für die Zulassung der Revision nicht nur darauf ankommt, ob der Verfahrensverstoß den "Rechtskreis" überhaupt "berührt" hat, sondern auch, daß er ihn "unmittelbar", daß er ihn "wesentlich" berührt hat. Nach welchen Grundsätzen sollen die Gerichte angesichts des Schweigens des BGH zu diesem Punkt das für die Zulassung der Revision ausreichende Maß der Berührung

106) Eberh.Schmidt in JZ 1958, S. 596 ff.

des Rechtskreises feststellen?

Unklar bleibt, ob der "Rechtskreis" des BGH im prozessualen oder außerprozessualen Bereich zu suchen ist. In dem der Entscheidung zu Grunde liegenden Fall betont der Beschluß den Unterschied zwischen dem Aussageverweigerungsrecht nach § 52 StPO und dem Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO und erklärt: "Die Rechtskreise, zu deren Schutz sie dienen sol^{en}, berühren sich nicht." Zwar will der Staat in beiden Fällen, so folgert der Beschluß, dem Zeugen einen inneren Zwiespalt ersparen; aber "aus übergeordneten Gründen, nicht nur wegen des Gewissenskonflikts des Zeugen, sondern auch zum Schutz der Familie des Angeklagten, soll es im Ermessen des Zeugen liegen, ob er aussagen will oder nicht. Der Rechtskreis des Angeklagten wird daher unmittelbar berührt, wenn sich der Zeuge infolge Rechtsunkenntnis nicht frei entscheiden kann". Hier ist es also ein außerprozessuales Interesse des Angeklagten, nämlich der Schutz seiner Familie, das in den geschützten "Rechtskreis" fällt und dessen "unmittelbare Berührung" durch einen Verfahrensverstoß die Revision rechtfertigen soll. Beim Auskunftsverweigerungsrecht kommt diese Berührung nicht in Betracht; denn es dient nur dazu, den Zeugen vor einem Konflikt zu bewahren. Bei der Ablehnung der Revisibilität bei unterlassener Belehrung nach § 55 Abs. 2 StPO operiert der Beschluß aber mit folgender Begründung: "Der Angeklagte kann kein rechtlich zu schützendes Interesse daran haben, daß die Entschlußfreiheit des Zeugen gewahrt bleibt..... Durch den Konflikt des Zeugen wird sein Rechtskreis nicht so berührt, daß ihm wegen der unterbliebenen Belehrung des Zeugen ein Revisionsrügerecht zugestanden werden kann". Daß der Konflikt des Zeugen den außerprozessualen "Rechtskreis" des Angeklagten hier nicht berührt, liegt auf der Hand. Es sei denn, man denkt daran, daß das den Angeklagten "beschwerende" Urteil, das in dessen Vermögen und Freiheit, also in seinen außerprozessualen "Rechtskreis" eingreift, auf dem Verfahrensverstoß - unterlassene Belehrung - "beruht", daß dieser also den "Rechtskreis" mittelbar doch berührt. Aber diese mittelbare Berüh-

rung liegt bei jedem revisiblen Verfahrensverstoß vor; denn sie besagt nur, daß dieser Verstoß ursächlich für die Entscheidung war, nach § 337 StPO eine Voraussetzung für die Zulässigkeit jeder Revision. An diesen Gesichtspunkt kann der Beschluß nicht gedacht haben. Der "Rechtskreis" des Angeklagten wird hier einfach mit seinen rechtlich zu schützenden "Interessen" in Beziehung gebracht. Diese Interessen müssen wohl dem prozessualen Bereich angehören.

Fest steht lediglich, daß der Beschluß in dem zu entscheidenden Einzelfall auf das außerprozessuale Interesse des Angeklagten am "Schutz seiner Familie" abgestellt hat. Kennt unsere Rechtsordnung ein geschütztes "Recht" auf "Familie"? Mit diesem Begriff wird heutzutage häufig operiert unter Hinweis auf Art. 6 Abs. 1 GG: "Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung". Dabei wird meist übersehen, daß diese Bestimmung kein Grundrecht, kein subjektives öffentliches Recht normiert, sondern als sogenannte "Einrichtungsgarantie" lediglich die Erhaltung der natürlichen Ordnungen Ehe und Familie in ihrem ethisch-kulturellem Gepräge als Rechtsinstitute gewährleisten will¹⁰⁷⁾. Für den Staat und seine Organe begründet der Artikel die Verpflichtung, Familie und Ehe zu achten; als Grundsatznorm wirkt er als Richtlinie auch bei der Gesetzesauslegung. Hat der einzelne somit auch kein "Recht" auf Familie, so verleiht ihm doch Art. 6 Abs. 1 GG durch sein Gebot an den Staat und seine Organe einen objektivrechtlichen Schutz und diese Wirkung mag als Rechtfertigung genügen, sie dem "Rechtskreis" des einzelnen zuzurechnen. Allerdings zählen zur Familie nur die Eltern und die Kinder. Der Begriff der Großfamilie, der die Verwandtschaft mit umfaßt, ist unserer Rechtsordnung fremd. Auch Art. 6 GG geht von diesem engen Kreis aus. Von den in § 52 Abs. 1 StPO aufgezählten Personen zählt demnach der Großteil nicht zur "Familie" und der Schluß, die unterlassene Belehrung nach § 52 Abs. 2 StPO berühre den "Rechtskreis" des Angeklagten

107) v. Mangoldt-Klein Art. 6 Anm. III 3, Bonner Kommentar, Art. 6 II Anm. 1 o.

wesentlich, läßt sich insoweit über Art. 6 Abs. 1 GG allein nicht rechtfertigen. Nun nimmt das Gesetz auf die durch Verwandtschaft und Schwägerschaft geknüpften Bande mehrfach Rücksicht. Der in § 52 Abs. 1 StPO bezeichnete Personenkreis kann nicht nur das Zeugnis verweigern, er unterliegt auch nicht dem Eideszwang - § 63 StPO - und er bleibt bei einigen Delikten straflos - §§ 139 Abs.3 S.1, 257 Abs.2, 257 a Abs.3 StGB - . Dem Täter bzw. dem Beschuldigten selbst erwachsen allerdings aus diesen Bestimmungen keine "Rechte"; denn nicht er soll durch sie geschützt und begünstigt werden, sondern nur seine Verwandten. In deren Hand allein legt denn auch das Gesetz die Entscheidung darüber, ob diese Vorschriften zum Tragen kommen sollen. Der Täter bzw. Beschuldigte hat immer nur eine C h a n c e , daß sein Verwandter mit Rücksicht auf diese Bestimmungen das Zeugnis verweigern, die Anzeige unterlassen oder ihm helfen wird. Soll diese Rechtslage bereits genügen, um sie einem "Rechtskreis" des Angeklagten zuzurechnen? Dies scheint denn doch fraglich; denn dann verliert der Begriff jede rechtliche Kontur. Andererseits kann ich mir keine sonstigen Rechtsvorschriften vorstellen, an die man anknüpfen könnte, um über den in Art. 6 Abs. 1 GG geschützten Kreis hinaus einen "Rechtskreis" zu rechtfertigen.

Zusammenfassend kann aus den Darlegungen des BGH nur folgendes geschlossen werden: Zum "Rechtskreis" zählt der BGH neben Rechten und Reflexrechten ganz allgemein rechtlich geschützte Interessen. In dem behandelten Einzelfall ist auch die diesen Bereich umschließende Grenzlinie verwischt. Der "Rechtskreis" erstreckt sich mit Sicherheit auf den außerprozessualen Raum, wie der entschiedene Einzelfall beweist. Die Ausführungen des Beschlusses lassen aber auch die Möglichkeit offen, daß der "Rechtskreis" in den prozessualen Bereich hineinreicht.

Ich werde im folgenden prüfen, ob zwischen der Berührung des "Rechtskreises" im außerprozessualen und im prozessualen Raum durch einen Verfahrensverstoß und der Zulassung der Revision eine Beziehung festzustellen ist, die eine einschränkende Auslegung des § 337 StPO zu rechtfertigen vermag.

d) In den außerprozessualen "Rechtskreis" greift der Staat bei der Verwirkung seines Strafanspruchs häufig und nachhaltig ein. Das Strafurteil trifft Ehre, Freiheit und Vermögen - früher mitunter auch das Leben - des Angeklagten, berührt also seinen "Rechtskreis" oder seine "Rechtssphäre", wie bereits RGSt 4, 355 bei diesem Gedankengang sich ausdrückte, auf das empfindlichste. Von diesen, bei jeder Verurteilung notwendigen Eingriffen in den "Rechtskreis" des Angeklagten - sie entsprechen wohl der "Beschwer" durch das Urteil, der Voraussetzung für die Zulässigkeit jedes Rechtsmittels - kann aber abgesehen werden; denn hier interessieren Verstöße während des Verfahrens.

Nun kennt die Prozeßordnung eine Reihe von Vorschriften, die im Vor- und Hauptverfahren erhebliche Eingriffe in den außerprozessualen "Rechtskreis" des Beschuldigten und auch anderer Personen vorsehen. So beschränken die Vorführung - § 134 f StPO - , die vorläufige Festnahme - § 127 StPO - und die Verhaftung des Beschuldigten dessen persönliche Freiheit - verfassungsmäßig geschützt in Art.2 Abs.2 S.2 - . Die Durchsuchung - § 102 ff StPO - beeinträchtigt die - in Art. 13 GG garantierte - Unverletzlichkeit der Wohnung, die Untersuchung - § 81 a StPO - die körperliche Unversehrtheit - Art.2 Abs.2 S.1 GG - . Beschlagnahme - § 94 ff StPO - und Herausgabezwang - § 95 StPO - treffen Eigentum und Besitz. Die "Rechtssphäre" des Zeugen wird durch die erzwingbare Pflicht zum Erscheinen vor Gericht, zur Aussage und zum Eid eingeschränkt. Das Gericht bedarf dieser erheblichen Eingriffe in die "Rechtskreise" des Beschuldigten ^{und anderer} - durch Personen zur Durchführung des Verfahrens*, namentlich zur Ermittlung der Wahrheit; denn der Strafprozeß wird im Gegensatz zum Zivilprozeß nicht von den entgegengesetzten, natürlichen Interessen zweier Parteien getragen und von deren freiwilliger Mitwirkung gestaltet; sondern der Staat führt den Prozeß gegen den Beschuldigten, der dem Verfahren widerstrebt.

Die Eingriffe in den materiellen "Rechtskreis" sind nur dann und nur insoweit erlaubt, als der damit verfolgte prozessuale Zweck

es erfordert. Die Grenzlinie ist weitgehend durch Gesetzesvorschriften in der StPO selbst gezogen. Hierher gehören die Bestimmungen über die Zulässigkeit der Vorführung - § 134 Abs. 1 StPO -, der vorläufigen Festnahme - § 127 StPO - der Untersuchungshaft - §§ 112, 113 StPO der Beschlagnahme - §§ 94, 97, 99 StPO -, der Durchsuchung - §§ 102, 103, 104 StPO -, der Herausgabe - § 95 StPO - und der Untersuchung - §§ 81, 81a, 81c StPO -; ferner die Regeln über die Zuständigkeit und das dabei zu beobachtende Verfahren. § 136a und § 69 Abs. 3 StPO schützen Menschenwürde und Freiheit des Willens des Beschuldigten und des Zeugen gegenüber verbotenen Vernehmungsmitteln. Die Grenzen der Aussage- und der Eidespflicht ergeben sich aus §§ 52 ff StPO. § 68a StPO schränkt die Schmälerung der Ehre des Zeugen auf das für den Prozeßzweck unbedingt notwendige Maß ein. Für den erlaubten Angriff auf die Ehre des Angeklagten im Verfahren zeigt § 193 StGB die Grenze auf.

P r o z e ß h a n d l u n g e n, welche die aufgezeigte Grenzlinie überschreiten, sind rechtswidrige Angriffe auf die durch die oben aufgeführten Bestimmungen der Verfassung und der Rechtsordnung geschützten Rechtsgüter und können zivilrechtliche Schadensersatzansprüche sowie strafrechtliche Ahndung nach sich ziehen. Die unberechtigte Festnahme oder Verhaftung kann den Tatbestand der Freiheitsberaubung im Amt - § 341 StGB -, eine Vernehmung unter Mißachtung der §§ 136a, 69 Abs. 3 StPO den Tatbestand der Aussageerpressung - § 343 StGB -, eine unzulässige Durchsuchung den Tatbestand des Hausfriedensbruchs im Amt - § 342 StGB - erfüllen. Diese Folgen derartiger Übergriffe interessieren hier aber weniger; es kommt vielmehr darauf an festzustellen, welche Wirkungen solche Verfahrensverstöße im und für das **V e r f a h r e n** selbst haben und ob sie namentlich die Zulassung der Revision zu rechtfertigen vermögen. Denn wie der vom BGH behandelte Verfahrensverstoß sind sie fehlerhaft in den außerprozessualen "Rechtskreis" eingedrungen, haben ihn "wesentlich berührt" und bilden durch diese gemeinsamen Berührungspunkte eine verwertbare Parallele zu jenem Fall.

Der Mangel, der diesen Prozeßhandlungen ¹⁰⁸⁾ wegen Eingreifens in außerprozessuale "Rechtskreise" anhaftet, spielt im p r o z e s - s u a l e n B e r e i c h tatsächlich keine Rolle. Hat z.B. die Polizei unter Überschreitung ihrer Befugnisse Beschlagnahmen durchgeführt, auf eigene Faust Durchsuchungen vorgenommen, hat der Staatsanwalt selbst einen beschlagnahmten Brief geöffnet, so können die fehlerhaft erworbenen Beweisstücke gleichwohl im Verfahren verwertet werden. Ist der Angeklagte zu Unrecht festgenommen oder verhaftet worden, so kann das Verfahren gleichwohl gegen ihn durchgeführt werden. In allen diesen Fällen kann der Angeklagte das Urteil deswegen nicht mit der Revision anfechten. Eine Revision erscheint allenfalls bei ungerechtfertigter Aufrechterhaltung einer unzulässigen Verhaftung denkbar, wenn der Angeklagte geltend macht, dadurch gehindert worden zu sein, sich ausreichend und zweckmäßig zu verteidigen. Es ist aber hier nicht die unzulässige Freiheitsberaubung, die das Anfechtungsrecht gegen das Urteil gibt, sondern § 338 Ziff. 8 StPO - unzulässige Beschränkung der Verteidigung in einem wesentlichen Punkt -, also die Verletzung einer Prozeßnorm. Hat der Vorsitzende den Angeklagten über das für den Prozeßzweck erforderliche Maß hinaus durch seine Verhandlungsführung, durch Feststellungen, Vorhalte usw., in seiner Ehre gekränkt, so kann Beleidigung vorliegen. Das Verfahren selbst wird dadurch aber nicht berührt. Wird allerdings ein Angeklagter oder ein Zeuge durch unzulässige Vernehmungsmethoden zur Aussage gepreßt, so darf die erzielte Aussage für die Schuldfeststellung nicht verwertet werden. Aber auch in diesem Falle wird die Revision

108) N i e s e bezeichnet sie wegen ihrer eigenartigen Stellung und Wirkung zwischen dem prozessualen und außerprozessualen Bereich als "doppelfunktionell". Seine eingehenden Untersuchungen über dieses Gebiet, die zum Teil auf G o l d s c h m i d t und Eberhard S c h m i d t ("Der Arzt im Strafrecht") basieren, sind in dem Beitrag zur Prozeßrechtslehre "Doppelfunktionelle Prozeßhandlungen" niedergelegt. Ein Teil der oben verwendeten Beispiele stammt aus diesem Beitrag.

nicht etwa deshalb zugelassen, weil durch die Aussageerpressung der materielle "Rechtskreis" des Vernommenen "wesentlich berührt" wurde, sondern weil die im prozessualen Bereich selbst geltende Grenze für die Zulässigkeit von Ermittlungen - §§ 136a, 69 Abs.3 StPO - überschritten wurde. Hat ein Zeuge sich sein Wissen dadurch verschafft, daß er unbefugt einen Brief geöffnet hatte - Vergehen gem. § 299 StGB -, offenbart ein Zeuge durch seine Aussage unbefugt ein Berufsgeheimnis - Vergehen gem. § 300 StGB, so verbieten solche materiellrechtlichen Verstöße die Verwertung der betreffenden Zeugenaussagen für das Urteil nicht.

Eine Tendenz, an die Verletzung oder die "wesentliche Berührung" außerprozessualer "Rechtskreise" durch Verfahrensverstöße deren Anfechtbarkeit durch die Revision zu knüpfen, ist demnach nicht festzustellen. Im Gegenteil, das Verfahren erweist sich als völlig unempfindlich gegen derartige Mängel ¹⁰⁹⁾. Der prozessuale Bereich hat seine eigenen Regeln über die Zulässigkeit von Prozeßhandlungen. Nur wenn eine Prozeßhandlung gegen diese Regeln verstößt, ist sie als für das Verfahren unbeachtlich zu betrachten, kann ein Urteil, das darauf beruht, mit der Revision angefochten werden.

e) Wenn überhaupt eine Einschränkung der Rügemöglichkeit bei Verfahrensverstößen über den Wortlaut des § 337 StPO hinaus in Betracht kommt, dann ist das Abgrenzungsmoment dafür im p r o z e s - s u a l e n Bereich selbst zu suchen. Wie bereits oben erwähnt, hat das RG in einzelnen Entscheidungen jeweils zur Frage der Zulässigkeit der Revision geprüft, ob der gerügte Verfahrensverstoß ein "Recht", eine "Befugnis", einen "Anspruch" verfahrensrechtlicher Art des Angeklagten verletzt hatte, ist also von einer derartigen Einschränkung tatsächlich ausgegangen. Auch die Begründung des Beschlusses des BGH kann so verstanden werden, daß der "Rechtskreis", auf dessen Berührung es ankommt, sich auch auf den prozessualen Be-

109) S. N i e s e S. 135 ff bes. 140.

reich erstrecken soll. Der Beschluß des BGH erscheint so im wesentlichen als Fortführung und Weiterentwicklung dieser reichsgerichtlichen Judicatur.

Erste Voraussetzung für die These, die Zulässigkeit der Revision hänge davon ab, ob der gerügte Verfahrensverstoß den " p r o z e s - s u a l e n R e c h t s k r e i s wesentlich berührt" hat, ist die Feststellung, daß der Angeklagte überhaupt derartige p r o z e s s u a l e R e c h t e besitzt. Die Beantwortung dieser Frage setzt ihrerseits voraus, zunächst das Wesen des P r o z e ß v e r h ä l t n i s s e s und der B e z i e h u n g e n zwischen den Verfahrensbeteiligten zu klären.

Der moderne Strafprozeß hat den Angeklagten, der im gemeinen Inquisitionsprozeß nur Objekt der Untersuchung war, als P r o z e ß - s u b j e k t anerkannt und diese Stellung rechtlich untermauert. Dies und die E i n f ü h r u n g einer A n k l a g e b e h ö r d e haben weitgehend zu der Annahme geführt, der Strafprozeß sei nunmehr P a r t e i p r o z e ß . Die von zivilrechtlichen Vorstellungen beeinflusste Bezeichnung " P r o z e ß r e c h t s v e r h ä l t n i s " sollte die rechtlichen Beziehungen zwischen den Prozeßbeteiligten veranschaulichen. Eine derartige Auffassung ist abzulehnen ¹¹⁰⁾.

Selbsthilfe und Fehde mußten der staatlichen Rechtspflege weichen. Aus dem Streit der Waffen wurde ein "Rechtsstreit". Nach bestimmten Regeln über Angriff und Verteidigung suchten die streitenden Parteien vor dem Gericht ihr Recht. Ihre Initiative, ihre entgegengesetzten Interessen, ihre Angriffs- und Verteidigungsmittel gestalteten den Prozeß. Wesenszüge dieses echten Parteienrechtsstreits haben sich unser Zivilprozeß und auch der angloamerikanische Strafprozeß bewahrt, nicht aber das kontinentale Strafverfahren. In Strafsachen wurde das auf dem Grundgedanken der Privatinitiative des Ver-

110) Dagegen namentlich G o l d s c h m i d t S.1-145, E b e r h . S c h m i d t , Lehrkommentar Erl. 37-41, N i e s e S. 103, 104, P e t e r s S. 17 ff.

letzten ¹¹¹⁾ beruhende Anklageverfahren mehr und mehr verdrängt ¹¹²⁾. Der Gedanke, daß der Staat selbst die Aufgabe habe, zum Schutze der Gemeinschaft den Verbrecher zu verfolgen und abzuurteilen, brach sich Bahn. O f f i z i a l p r i n z i p - Handeln von Amts wegen - und I n s t r u k t i o n s m a x i m e - das Gericht verschafft sich selbst die nötige Aufklärung - bestimmten das Verfahren, den "Inquisitionsprozeß".

Der m o d e r n e S t r a f p r o z e ß hat diese Wesenszüge behalten. Der A k k u s a t i o n s p r o z e ß brachte keine Änderung. Eine besondere Anklagebehörde wurde geschaffen, um der Überforderung des Richters, der im Inquisitionsprozeß Ankläger, Verteidiger und Richter zugleich sein mußte, ein Ende zu setzen ¹¹³⁾. Der geschaffene Aufgabenbereich des Staatsanwalts ist also nichts Neues, sondern nur eine "Absplitterung früherer richterlicher Tätigkeit" ¹¹⁴⁾. Der Staatsanwalt ist n i c h t " P a r t e i " des Strafverfahrens. Im Ermittlungsverfahren ist er ohnedies "Herr des Verfahrens", hat keinen Gegenspieler und entscheidet in einem Großteil der Straffälle selbständig über die Erledigung durch Verfahrenseinstellung. Im Hauptverfahren steht er zwar äußerlich in einer Art Antithese zum Angeklagten. Tatsächlich besteht aber kein echter Interessengegensatz. Wie das Gericht hat der Staatsanwalt das Recht und die Pflicht, nur auf die Findung der Wahrheit und des Rechts

111) "Wo kein Kläger, da kein Richter!". Dieser bis heute überlieferte Grundsatz weist auf diesen Gedanken hin.

112) Die Carolina kannte zwar noch neben dem Verfahren von Amts wegen eine Privatanklage. Die Verfahrensbestimmungen waren aber für den Verletzten so lästig - Sicherheitsleistung für Schadensersatz beim Scheitern der Klage -, daß sie wenig Anwendung mehr fand. S.v.Hippel S. 33.

113) Sehr deutlich Z a c h a r i a e : "Dem Inquirenten aber zuzumuten, bald auf die eine, bald auf die andere Seite zu springen und mit beiden Waffen resp. gegen sich selbst zu fechten, zugleich aber als Kampfrichter den Streit zu leiten, ist eine Absurdität" - "Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens" S. 143, 144 -

114) P e t e r s S. 81; s. auch N i e s e S. 20 ff mit Hinweisen auf Eberh. S c h m i d t ; RGSt 60, 189 ("Amtsstellung" der

hinzuwirken. Er ist ein **R e c h t s p f l e g e o r g a n**, das die Tätigkeit des Gerichts unterstützt, aber nicht der - gleichberechtigte - Gegenspieler des Angeklagten, der nur seine privaten Interessen vertritt.

Der **A n g e k l a g t e** besitzt trotz Anerkennung als Prozeßsubjekt nicht die tatsächlichen und rechtlichen Befugnisse einer Partei des Strafprozesses. Er ist in seiner Würde als Mensch und Persönlichkeit geschützt, seine Verteidigungsmöglichkeit ist besonders gesetzlich untermauert. Er hat aber weder Einfluß auf die Verfahrensgestaltung, noch trägt er eine Verantwortung dafür. Die für die Partei im Zivilprozeß typischen Möglichkeiten, wie Klageerhebung, Rücknahme, Verzicht, Anerkenntnis, Vergleich, Beschaffung des Tatsachenstoffes und Verfügung darüber, fehlen ihm völlig. Zur Durchführung des Verfahrens ist - im Normalfall - seine Anwesenheit erforderlich, mehr nicht. Im übrigen hat er die rechtliche Möglichkeit, Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen. Macht er davon keinen Gebrauch, verhält er sich völlig passiv, so kann doch das Verfahren gegen ihn durchgeführt und erledigt werden. Für die Stellung des **S t a a t s a n w a l t s** in der Hauptverhandlung gilt übrigens im wesentlichen das nämliche. Das Verfahren rollt unabhängig von seiner Initiative ab. Verfahrensrechtlich notwendig ist seine Anwesenheit und die ihm zu bewilligende Möglichkeit, Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen. Daß auf die Stellung dieser beiden Prozeßbeteiligten nicht der Begriff "**P a r t e i**" - mit dem gewisse Vorstellungen über Rechte und Befugnisse im Verfahren eben verknüpft sind - paßt und daß die mehr künstliche Antithese der beiden im Hauptverfahren nicht als "**R e c h t s t r e i t**" zu deuten ist, dürfte damit hinreichend erhärtet sein ¹¹⁵⁾.

StA, "nicht Partei, sondern hat Aufgaben der Strafrechtspflege zu erfüllen". Die pseudoparteiliche Stellung des Staatsanwalts in der Hauptverhandlung ist ~~z.B.~~ ein Ausfluß der aus dem 18. und 19. Jahrhundert stammenden Vorstellung von der wahrheitsschaffenden Kraft der Diskussion als eines Zusammenwirkens und Aufeinanderwirkens von Rede und Gegenrede, Argument und Gegenargument, zwischen denen wie ein Lichtbogen die Wahrheit aufleuchtet.

115) Die Auffassung des Strafverfahrens als Parteiprozeß lehnen ab:

Entscheidend für die Deutung der Rechtsstellung des Angeklagten im Prozeß und seine Beziehungen zu den anderen Prozeßbeteiligten ist der öffentlichrechtliche Charakter des Prozeßverhältnisses. Die Eigenschaft als Bürger - oder als Gast - eines Landes, das öffentlichrechtliche Unterwerfungsverhältnis unter den Staat, zwingt den Beschuldigten in dieses Prozeßverhältnis; wie er andererseits auf Grund dieser staatsbürgerlichen Stellung im Falle der Verletzung seiner Rechtsgüter die staatlichen Gerichte in Anspruch nehmen kann. Der Staat, der die Selbsthilfe verdrängt hat, hat die staatsrechtliche Aufgabe und Pflicht zur Justizgewährung. Der in seinen Rechtsgüter Verletzte kann - als Ersatz für die verlorene Möglichkeit der Selbsthilfe - verlangen, daß der Staat ihm Gerechtigkeit verschafft. Der Beschuldigte kann fordern - gleichsam auch als Ersatz dafür, daß er auf die ihm gegen die Selbsthilfe mögliche Verteidigung verzichtet -, daß gegen ihn nicht willkürlich, sondern in einem geordneten Verfahren vorgegangen wird, das ihm die Möglichkeit ausreichender Verteidigung sichert. Zur Erfüllung seiner Justizgewährungspflicht stellt der Staat Rechtspflegeorgane zur Verfügung und schafft eine Verfahrensordnung, die einen justizförmigen Weg zur Findung von Wahrheit und Recht vorschreibt ¹¹⁶⁾. "Die Handlungspflichten des Gerichts im Prozeß sind also ein Ausfluß der außerprozessualen staatlichen Justizgewährungspflicht, die als Imperativ über dem Richter steht" ¹¹⁷⁾. Verletzt der Richter

Gerland S. 9 ff., Peters S. 81, Eberh. Schmidt, Lehrkom. Erl. Nr. 98 - 102. Für den Parteibegriff treten ein: Belling, Reichsstraßprozeßrecht, S. 122 ff u.v. Hippel S. 224 ff.

- 116) S. Goldschmidt S. 77 f, Eberh. Schmidt, Lehrkom. Erl. 7-9, Niese S. 59 ff. Peters, der im wesentlichen die gleiche Ansicht vertritt, will einen Anspruch des einzelnen auf Justizgewährung im Strafverfahren nur anerkennen, wenn eine besondere Rechtsgrundlage dafür vorliegt, nämlich die Eigenschaft als Verletzter - S. 21 -. Diese nicht näher begründete Ansicht vermag nicht zu überzeugen. Die Justizgewährung trat an Stelle der Selbsthilfe. Es ist bezeichnend, daß in der Übergangszeit zur umfassenden Rechtspflege die Selbsthilfe immer dann noch rechtens war, wenn die Rechtshilfe des Staates verweigert worden war - s.

den - gegen den Staat gerichteten - Justizgewährungsanspruch des Staatsbürgers, so kann dieser gegebenenfalls mit Strafanzeige - z.B. wegen Rechtsbeugung -, Dienstaufsichtsbeschwerde oder mit nachträglicher Schadensersatzklage, also mit außerprozessualen Behelfen dagegen angehen. Jedoch hat der Prozeßbeteiligte *k e i n* erzwingbares *V e r f a h r e n s r e c h t* gegen den Richter oder auch gegen andere Prozeßbeteiligte auf ordnungsgemäßes Prozedieren¹¹⁸⁾.

Die Rechtsnormen sind für den Richter im Verfahren keine Befehle, die er zu befolgen, sondern "Urteilsmaßstäbe", die er *a n z u w e n d e n* hat¹¹⁹⁾. Das Prozeßrecht regelt den Gang des Verfahrens, die Voraussetzungen und Formen, nach denen die Rechtsverfolgung zulässig ist. Jede Prozeßhandlung schafft in dem sich stets weiter entwickelnden Prozeß eine neue *L a g e*. Sie gewährt aber kein erzwingbares *R e c h t* auf ein bestimmtes richterliches Verhalten, sondern nur die *A u s s i c h t* darauf. *G o l d s c h m i d t*, der diese Erkenntnisse vornehmlich erarbeitet hat, charakterisiert die *p r o z e s s u a l e n* "*R e c h t e*" wie folgt:¹²⁰⁾ "Den Rechten im prozessualen Sinn fehlt die Beziehung zur Pflicht. Sie sind, anders als die Rechte im materiell-rechtlichen Sinne, nicht mit einem Sollen anderer verbunden. Daraus folgt, daß die Rechte im prozessualen Sinn nicht verletzt werden können. Selbst da, wo eine prozessuale Aussicht so sicher ist, daß sie einem Anspruch im materiell-rechtlichen Sinn gleichkommt, ist ihre Vereitelung immer nur eine "Gesetzesverletzung" im Sinne von unterlassener oder unrichtiger An-

Eberh. *S c h m i d t*, Lehrkom. Erl. 2-4 -. Wie ich bereits oben angedeutet habe, hatte nicht nur der Verletzte auf seine - angreifende - Selbsthilfe zu verzichten, sondern auch der - möglicherweise zu Unrecht - mit Fehde Überzogene auf seine Selbstverteidigung. Er hat gegen den Justiz gewährenden Staat Anspruch auf ein justizförmiges Verfahren als Ersatz für seine Verteidigungsmöglichkeit.

117) *N i e s e* S. 61.

118) *N i e s e* S. 61; *G o l d s c h m i d t* - S. 81 - "Der Anspruch der Parteien gegen den *Judex* auf Sachentscheidung und pflichtgemäßes Judizieren hat seine Rechtsgrundlage nicht in einem besonderen "Prozeßverhältnis", sondern in der Amtspflicht des gesetzlichen Richteramtes, d.h. im allgemeinen Staatsverhältnis".

wendung des Rechts als Urteilsmaßstab, nicht "Rechtsverletzung", "Rechtswidrigkeit" im Sinne einer Zuwiderhandlung gegen einen rechtlichen Imperativ, welcher die dem verletzten Recht korrelierte Pflicht begründet."

Es ist also abwegig, daß das RG die Revision bei Verfahrensverstößen mit Begründungen ablehnt wie, der Angeklagte habe "keinen prozessualen Anspruch", "kein prozessuales Recht" auf die Einhaltung einer bestimmten Verfahrensregel oder auf das Verhalten eines anderen Prozeßbeteiligten¹²¹⁾. "Schon die prozeßrechtlichen Beziehungen der Prozeßsubjekte (Gerichte und Parteien) lassen sich nicht mit der zivilrechtlichen Rechtsfigur des Anspruchs erfassen. Noch weniger aber kann die Stellung des Beschuldigten oder überhaupt einer Partei zum Zeugen auf diese Weise erklärt werden"¹²²⁾. Wenn das RG dagegen in anderen Entscheidungen erklärt, der Angeklagte könne "schlechthin - verlangen, "daß gegen ihn prozeßordnungsgemäß verfahren wird"¹²³⁾, so ist darunter nicht etwa ein allgemeiner p r o z e s s u a l e r A n s p r u c h auf ordnungsgemäßes Prozedieren zu verstehen, sondern eben lediglich jene A u s s i c h t auf justizförmiges Verfahren, die einen Ausfluß des - materiell-rechtlichen - Justizgewährungsanspruchs darstellt. Wird diese Aussicht verletzt, weil der Richter die Verfahrensordnung fehlerhaft angewendet hat, so liegt immer eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 337 StPO vor.

Mit der Ablehnung der reichsgerichtlichen Rechtsprechung, die auf die Verletzung prozessualer Ansprüche und Rechte abstellen will, ist jedoch die Rechtskreistheorie des BGH im prozessualen Bereich noch nicht abgetan, auch wenn sie den Gedankengang des RG weiterentwickelt hat. Der BGH hat ja seinen "Rechtskreis" so weit gezogen, daß

119) G o l d s c h m i d t, S. 79.

120) G o l d s c h m i d t, S. 290 f.

121) RGSt 48, 38; 48, 269.

122) N i e s e S. 146.

123) RGSt 57, 63; 66, 275; 71, 21.

er nicht nur Ansprüche und subjektive Rechte, sondern auch jene obenerwähnten günstigen " A u s s i c h t e n " mitumfaßt, die die Rechte im prozessualen Sinn dem Angeklagten geben. Kann also die Anfechtbarkeit auf solche Verfahrensfehler beschränkt werden, die diese " A u s s i c h t e n " verletzt haben?

In einem echten Parteien-Rechtstreit, der auf der Initiative der Streitenden beruht und von ihnen eigenverantwortlich gestaltet wird, in dem "der Gesetzgeber in der Spannung der Interessengegensätze und der daraus entspringenden Aktivität der Parteien für das Gericht das sicherste Mittel zur Erforschung der Wahrheit sieht"¹²¹, wäre eine solche Beschränkung denkbar. Der Kernpunkt des Prozesses ist die Ermittlung des Sachverhalts, auf den das Recht angewendet werden soll. Sieht das Gesetz vor, daß das aus dem Ringen der beiden Parteien gewonnene Ergebnis für die Rechtsfindung maßgebend sein soll, so genügt es, dafür Sorge zu tragen, daß dieser Kampf nach den gesetzten Regeln über Angriffe und Verteidigung ausgetragen wird und daß jeder Partei im Verfahren der gesetzlich zugesicherte Anteil und Einfluß gewahrt bleibt. Das Anfechtungsrecht der Partei könnte also jeweils auf den Bereich dieser Normen beschränkt werden, ^{diese} die Rechtsstellung im Prozeß garantieren.

Der kontinentale und auch d e r d e u t s c h e S t r a f - p r o z e ß ist jedoch wesensmäßig anders geartet, wie ich bereits oben ausgeführt habe. Der Beschuldigte hat auf die Gestaltung des Verfahrens k e i n e n maßgeblichen E i n f l u ß . Er kann nicht einmal durch ein Bekenntnis, er sei schuldig, die Schuldfrage erledigen, wie etwa der Angeklagte im anglo-amerikanischen Strafprozeß. Sein Geständnis reicht zur Schuldfeststellung nur aus, wenn es glaubhaft erscheint. Das Gericht hat die materielle Wahrheit festzustellen, die allein das Recht zu strafen rechtfertigen kann. Es gestaltet das Verfahren und trägt die Verantwortung. Die "Pseudoparteien" Staatsanwalt und Angeklagter treten demgegenüber zurück. Es genügt, daß sie anwesend sind und daß ihnen die Möglichkeit ein-

geräumt wird, Erklärungen abzugeben und Anträge zu stellen. Der Angeklagte mag sich völlig passiv verhalten oder von allen seinen prozessualen Möglichkeiten Gebrauch machen; der Richter bleibt immer Herr des Verfahrens. Es liegt bei ihm, ob er sich durch die Erklärungen und Anträge des Angeklagten anregen und beeinflussen läßt oder nicht. Erst nach Beendigung der Instanz kann der Angeklagte wie auch der Staatsanwalt durch Anfechtung des aus dem fehlerhaften Verfahren oder aus fehlerhafter Rechtsanwendung hervorgegangenen Urteils korrigierend Einfluß nehmen. Würde der Angeklagte mit seiner Revision auf den Bereich seiner prozessualen Rechte beschränkt, so würde ein großer Sektor des Verfahrens der Überprüfung durch das Revisionsgericht entzogen; denn nur das Interesse des Angeklagten garantiert dafür, daß von einer Anfechtungsmöglichkeit auch wirklich Gebrauch gemacht wird. Zudem ist es nach dem Beschluß des BGH auch unklar, auf welchen "Rechtskreis" sich die Anfechtungsmöglichkeit des Staatsanwalts etwa beschränken soll, ob er also in dem Bereich, der dem Angeklagten verwehrt sein soll, stets zur Anfechtung berechtigt ist, ob er der "Hüter des Gesetzes" bleibt. Eine umfassende Überprüfungsmöglichkeit ist aber, wie bereits oben dargelegt, zur Erreichung des Zweckes, den das Gesetz mit der Revision verfolgt, erforderlich. Die Entscheidung im Strafprozeß wird nicht durch den Angriffsbeitrag des Anklägers und den Verteidigungsbeitrag des Angeklagten bestimmt und gewonnen. Darum reicht es auch nicht aus, diese Beiträge durch die Möglichkeit der Anfechtung im Fall ihrer Beschränkung sicherzustellen. Entscheidend für das Urteil ist vielmehr die in die Hand des Richters gelegte, umfassende Möglichkeit der Gestaltung des Verfahrens. Für diesen **g e s a m t e n B e r e i c h** muß daher die Möglichkeit der Korrektur im Falle der Fehlerhaftigkeit bestehen. Der Staat wird dem materiellrechtlichen Anspruch des Beschuldigten auf Justizgewährung nur dann **v o l l** gerecht, wenn er eine Verfahrensordnung zur Verfügung stellt, die das Hauptverlangen des Beschuldigten, nämlich das **J u s t i z f ö r m i g k e i t** des Verfahrens

umfassend sichert. Dafür ist aber ein allgemeines Rüge-recht des Angeklagten erforderlich.

Nicht zu verkennen ist allerdings, daß der "Rechtskreis" nach der Begründung des Beschlusses des BGH über den Bereich der prozessualen Rechte des Angeklagten zweifellos hinausreichen und auch "rechtlich geschützte Interessen" umfassen soll. Die obigen Bedenken gelten aber auch gegenüber diesem erweiterten Sektor der Anfechtbarkeit. Zudem ist dieser "Rechtskreis"-xxx Begriff so weit und unbestimmt, daß seine Begrenzung verwischt ist. Das ordnungsgemäße Prozedieren als Ausfluß des staatsrechtlichen Justizgewährungsanspruchs kann ohne weiteres dem Bereich "rechtsgeschützte Interessen" des Angeklagten zugerechnet werden. Entscheidet die Einhaltung einer prozessualen Bestimmung über Verurteilung oder Freispruch, wie in dem vom BGH behandelten Fall, so fällt dieser Schluß nicht schwer.

f) Die verfassungskonforme Auslegung des Gesetzes steht m.E. der Rechtskreistheorie des BGH zu § 337 StPO ebenfalls entgegen. Verfassungsrechtlich bedenklich muß es bereits erscheinen, daß die Auslegung des BGH es im Ergebnis der Willkür² des Richters überläßt, ob er einen gewissen Kreis von Verfahrensbestimmungen beachten will oder nicht; denn nur die Anfechtungsmöglichkeit durch Revision zwingt ihn zur Beachtung der Normen, wie bereits oben ausgeführt. Zumindest unerwünscht ist die sich daraus ergebende Möglichkeit unterschiedlicher Urteile, je nach-dem das Gericht diese nicht durch die Revisibilität geschützten Verfahrensbestimmungen anwendet oder nicht. Die Auslegung des BGH verstößt aber jedenfalls wegen ihrer mehrfach betonten völligen Unbestimmtheit gegen das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit. Der Inhalt einer gesetzlichen Bestimmung muß für den Staatsbürger klar erkennbar sein. Dies erfordert die Rechtssicherheit, die zu gewährleisten, Aufgabe des Rechtsstaats ist¹²²⁾.

122) S. BVerfG JZ 1956, 486; 1959, 526, 533.

V.

§ 55 StPO hat seinem Wortlaut nach zwingenden Charakter¹²³⁾. Da ferner nach den Ausführungen unter III und IV die vom BGH verfochtene Beschränkung der Revision abzulehnen und von einem allgemeinen Rügerecht bei Verfahrensverstößen auszugehen ist, liegt es nahe, die im Thema gestellte Frage nunmehr dahingehend zu beantworten, daß die Verletzung des § 55 StPO die Revision rechtfertigt. Das Problem ist jedoch, namentlich in den auftauchenden Einzelfragen, keineswegs so einfach zu lösen. Eine eingehende Erörterung über Wesen und Zweck der Vorschrift und ihre Eigenschaft als Beweisverbot ist erforderlich.

Die Begründung des Beschlusses des BGH hat zwar mit der Ablehnung der einschränkenden Auslegung des § 337 StPO ihren entscheidenden Gesichtspunkt eingebüßt. Die Darlegungen zu § 55 StPO selbst führen jedoch an das Thema heran und behalten nach wie vor so viel Gewicht, daß es angebracht erscheint, sich zunächst mit ihnen auseinanderzusetzen.

a) Der BGH folgert:

"Zum Schutz der Wahrheitsfindung ist - entgegen der teilweise im Schrifttum vertretenen Auffassung weder das Auskunftsverweigerungsrecht des § 55 StPO noch das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Angeklagten bestimmt. Die Wahrheitsermittlung geschieht nach § 261 StPO im Wege der freien Beweiswürdigung, bei der die Zeugnisaussagen auf ihre Tauglichkeit hin geprüft werden. Beweisregeln und Zeugnisausschlüsse sind dem geltenden Strafverfahrensrecht fremd (vgl. § 244 Abs. 3 StPO). Der Gefahr, die Aussagen verdächtiger Zeugen für die Wahrheitsfindung bilden können, begegnen schon die Bestimmungen über die Nichtvereidigung

123) Bezeichnend ist namentlich das " i s t zu belehren". Das RG

tatverdächtiger wie verwandter Zeugen (§§ 60 Nr. 3, 61 Nr. 2 StPO). Dem Mißtrauen des Gesetzgebers gegen die Zeugen verdanken die beiden Aussageverweigerungsrechte jedenfalls nicht ihre Entstehung (vgl. Beling, Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozeß S. 12 f, 15 f).

3.) Diese beiden Rechte beruhen vielmehr auf zum Teil wesentlich von einander abweichenden gesetzgeberischen Gründen. Die Rechtskreise, zu deren Schutz sie dienen sollen, berühren sich nicht. Zwar hat der Staat sein Interesse an der Aufklärung von Straftaten in beiden Fällen zurückgestellt, um den Zeugen den inneren Zwiespalt zu ersparen, in den sie durch den Widerstreit zwischen Aussagerpflicht und ihren persönlichen Interessen geraten könnten (Motive zu §§ 42-45 des Entwurfs III, Hahn Mat. 98, 106 f; Beling a.a.O. S. 5 f, 12 ff). Jedoch entspringt das Zeugnisverweigerungsrecht des verwandten Zeugen zugleich der schonenden Rücksicht auf die Familienbande, die den Angeklagten mit dem Zeugen verknüpfen. Diesem wird deshalb ein umfassendes Aussageverweigerungsrecht gewährt, das zum Ausschluß des Beweismittels im ganzen führt, wenn er von seinem Recht Gebrauch macht. Aus übergeordneten Gründen, nicht nur wegen des Bewissenskonflikts des Zeugen sondern auch zum Schutz der Familie des Angeklagten, soll es im Ermessen des Zeugen liegen, ob er aussagen will oder nicht. Der Rechtskreis des Angeklagten wird daher unmittelbar berührt, wenn sich der Zeuge infolge Rechtsunkenntnis nicht frei entscheiden kann. Deshalb ist er in diesem Falle befugt, die Nichtbelehrung des Zeugen mit der Revision zu rügen.

Dagegen beruht das Auskunftsverweigerungsrecht des

hat aus dieser Form des Gesetzesbefehls mehrfach auf den imperativen Charakter einer Rechtsnorm - im Gegensatz zur instruktionellen "soll"-Form - geschlossen; s. RGSt 10, 436; 31, 140.

§ 55 StPO ausschließlich auf der Achtung vor der Persönlichkeit des Zeugen. Es ist, wie die Motive betonen, "das notwendige Korrelat des Grundsatzes, daß niemand zu einer Aussage wider sich selbst gezwungen werden dürfe"; die Befreiung von der Aussage der Zeugen gegen seine nahen Angehörigen ist "ebenso ein Gebot der Gerechtigkeit wie der Folgerichtigkeit" (Hahn, Mat. S. 107). Dem Zeugen soll die Demütigung einer Selbstbezeichnung oder Beschuldigung seiner Angehörigen nicht zugemutet werden (Beling aaO S. 13). Zweck dieses Aussageverweigerungsrechts ist es also, dem Zeugen, und nur ihm einen Konflikt zu ersparen. Die Verweigerung der Aussage bewirkt infolgedessen nicht, daß die Benutzung des Beweismittels im Ganzen ausgeschlossen wird, sondern sie verbietet dem Richter nur, weitere Fragen zu stellen, die den bezeichneten Persönlichkeitsbereich des Zeugen betreffen. Der Angeklagte kann kein rechtlich zu schützendes Interesse daran haben, daß die Entschlußfreiheit des Zeugen gewahrt bleibt, auch wenn dieser etwa durch eine wahrheitsgemäße Bekundung offenbaren müßte, daß er oder ein naher Angehöriger von ihm an der Tat beteiligt war (vgl. RGRspr. 2, 305; RGSt 38, 320; 48, 269 f). Durch den Konflikt des Zeugen wird sein Rechtskreis nicht so berührt, daß ihm wegen unterbliebener Belehrung des Zeugen ein Revisionsrügerecht zugestanden werden kann.

4.) Die Einführung der Belehrungspflicht durch das Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 12. September 1950 kann die Beurteilung der Rechtslage nicht im gegenteiligen Sinn beeinflussen. Durch die neue Vorschrift ist dem Richter zur Pflicht gemacht, was bis dahin seinem Ermessen überlassen war. Daß sie weiterreichende Wirkungen haben soll, ist ihr nicht zu entnehmen. Einer vollen Gleichstellung mit § 52 Abs. 2 StPO steht eher entgegen, daß hier eine dem § 52 Abs. 2 Satz 2 entsprechende Bestimmung fehlt, die es dem

Zeugen gestattet, seinen Verzicht auf das Aussageverweigerungsrecht auch während seiner Vernehmung zu widerrufen. Eine so weitgehende Absicht hat der Gesetzgeber auch nirgends zu erkennen gegeben. Weder in den Sitzungen des Rechtsausschusses noch in denen des Bundesrats und des Bundestags wurden Bedeutung und Tragweite der neuen Bestimmung erörtert. Der Vertreter des Rechtsausschusses hat sie in seinem Bericht in der Bundestagssitzung vom 26. Juli 1950 unter den von ihm aufgeführten "wesentlichen Verbesserungen des Strafverfahrens" nicht erwähnt. Sie findet ihre Erklärung allein in dem Bestreben des Gesetzgebers, alle Beteiligten davor zu schützen, daß sie aus Rechtsunkenntnis Erklärungen abgeben, die ihnen schaden könnten. Die Einführung der Belehrungspflicht im § 55 Abs. 2 StPO soll also das Auskunftsverweigerungsrecht für den Zeugen wirksamer gestalten. Eine Erweiterung der Rechte des Angeklagten im Revisionsrechtszug lag dem Gesetzgeber fern."

Die Begründung des BGH wird ersichtlich mit von dem Bestreben bestimmt, die althergebrachte höchstrichterliche Ansicht aufrecht zu erhalten, eine Verletzung des § 52 Abs. 2 StPO rechtfertige die Revision¹²⁴⁾. Darum liegt ein Schwerpunkt darauf, Wesensunterschiede zwischen dem Zeugnisverweigerungsrecht und dem Auskunftsverweigerungsrecht herauszustellen, die eine unterschiedliche Behandlung der beiden Institute durch Ablehnung der Revision bei Verletzung des § 55 Abs. 2 StPO gerechtfertigt erscheinen lassen.

b) Die erste Behauptung des BGH, die Rechte aus §§ 52 und 55 StPO dienten beide nicht der Wahrheitsfindung,

124) S. RGSt 2, 192; 8, 123; 9, 384; 20, 186; 32, 72; 48, 359.
A.A. RGSt 16, 214 und 32, 157, deren Begründungen jedoch nicht zu überzeugen vermögen.

erscheint zunächst in der Kette der Beweisführung des Beschlusses unwesentlich, da sie ja nicht die These vom Unterschied der beiden Rechte stützt, sondern eher eine Gleichartigkeit betont. In Wirklichkeit begegnet der BGH mit seiner Feststellung den gewichtigsten Einwendungen der Literatur¹²⁵⁾ gegen seine Ansicht und vermeidet damit ferner den Schluß, eine Verletzung des § 55 StPO berühre den " R e c h t s k r e i s " des Angeklagten; ein Schluß, der natürlich unausweichlich wäre, käme man zu dem Ergebnis, die Verletzung des § 55 StPO beeinträchtigte tatsächlich die Wahrheitsfindung.

Soweit der Beschluß seine Ansicht auch darauf stützt, den Gefahren, die die Aussagen verdächtiger Zeugen für die Wahrheitsfindung bilden können, begegne das Gesetz schon mit den Bestimmungen über die N i c h t b e e i d i g u n g tatverdächtiger und verwandter Zeugen (§§ 60 Nr. 3, 61 Nr. 2 StPO), vermag er nicht zu überzeugen. Gewiß knüpft das Gesetz bei der Beschränkung des Zeugeneides äußerlich an eine Einteilung der Zeugen in verdächtige und unverdächtige an, die in älteren Gesetzen herkömmlich war¹²⁶⁾. Diese Einteilung mündet in der StPO aber nicht mehr in eine Beweisregel über den Wert oder Unwert dieser Zeugen ein wie in jenen früheren Gesetzen. Der Zweck der gesetzlichen Regelung ergibt sich deutlich aus der Begründung in den Motiven¹²⁷⁾: "Da die gesetzliche Anwendung des Eideszwangs auf der Annahme beruht, daß die Beeidigung den Zeugen zur Aussage der Wahrheit bewegen wird, so ist es nicht bloß gerechtfertigt, sondern geboten, die Beeidigung da zu unterlassen, wo jene Annahme erfahrungsgemäß nicht zutrifft, die Glaubwürdigkeit einer Aussage durch die Beeidigung nicht erhöht werden kann." Der Gesetzgeber verzichtet also in den genannten Fällen auf den Eideszwang nicht, um dadurch Gefahren für die Lauterkeit der Beweismittel, für die Findung der Wahrheit, die Überzeugungsbildung des Richters zu vermeiden, sondern lediglich deshalb, weil der Eideszwang hier wegen übermächtiger Gegen-

125) S. oben S. 2, 3.

126) Glaser S. 214.

127) Hahn, Mot. S. 108.

interessen ungeeignet erscheint, der Findung der Wahrheit zu dienen, und weil es unsittlich wäre, gleichwohl den Eid zu fordern. Tatsächlich können die genannten Bestimmungen auch nur vermeiden, daß ein Meineid geschworen wird, nicht aber, daß uneidlich eine falsche Aussage getätigt wird, die die richterliche Überzeugung doch nachteilig beeinflussen kann. Der an keine gesetzliche Beweisregel

gebundene Richter ist ja nicht gehalten, einer unbeeidigten Aussage solcher Zeugen nicht oder weniger zu glauben, als einer beeidigten Aussage eines anderen Zeugen. Das Gesetz verläßt sich bei der Bewertung der Beweismittel ganz auf das Urteilsvermögen des Richters. Die Ansicht des BGH, die Beschränkung des Eides diene dem Schutze der Wahrheitsfindung, muß daher als unvereinbar mit dem Prinzip der freien Beweiswürdigung abgelehnt werden.¹²⁸⁾

Die Frage nach Sinn und Zweck der Rechte aus den §§ 52 und 55 StPO erfordert zunächst einen Rückblick auf die Entwicklung des Beweisrechts und auf die Entstehungsgeschichte der genannten Bestimmungen; dies umso mehr, als auch Belling¹²⁹⁾, auf dessen Darlegungen sich der Beschluß beruft, und Eberhard Schmidt¹³⁰⁾, der die Ansicht des BGH ablehnt, mit historischen Gründen operieren. Das ältere deutsche Recht kannte nur ein streng formelles Beweisrecht. Es gestattete den beiden Parteien, ihre Behauptungen durch Eid, Zweikampf und Ordal zu erhärten¹³¹⁾. Das römische Recht dagegen stützte sich auf ein System natürlicher Beweismittel, wie Geständnis des Beschuldigten,

128) S. auch Eberh. Schmidt in JZ 58, 601 und Glaser S. 221, 222.

Glaser kritisiert die gesetzliche Regelung mit der Überlegung, die den genannten Zeugen ohnedies mangelnde Bereitwilligkeit, die Wahrheit zu sagen, werde noch durch das Bewußtsein verstärkt, ja doch nicht beeidigt zu werden. Diese Kritik ist heute teilweise überholt, weil auch die unbeeidigte vorsätzliche Falschaussage unter Strafe steht - § 153 StGB -. Glaser verstärkt mit seiner Überlegung noch seinen Schluß, die Einschränkung der Beeidigung solle nur der Entwürdigung des Eides vorbeugen.

129) Belling "Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß" S. 12 f, 15 f.

130) JZ 58, 596.

131) Glaser 2 ff; v. Hippel 15 f.

Zeugenbekundungen, Urkunden. In dem Bestreben, eine Gewähr dafür zu schaffen, daß sich das Urteil nicht bloß auf das - unsichere - subjektive Fürwahrhalten des Richters, sondern auf die objektive Wahrheit, auf rechtliche Gewißheit gründete ¹³²⁾, stellte es positive Rechtsnormen über den Wert und den Unwert der einzelnen Beweismittel (taugliche, untaugliche - ausgeschlossene - und verdächtige Zeugen) auf und bestimmte, bei welcher Beweisgrundlage ein Schuldspruch erfolgen konnte. Diese "Beweiswürdigungs"-Regeln waren ein Schutz gegen Willkür und Leichtgläubigkeit des Gerichts. Da sie rein negativ wirkten, den Richter also nicht zwangen, bei der den gesetzlichen Regeln entsprechenden Beweisgrundlage zu verurteilen, blieb dem Ermessen des Gerichts bei der Beweiswürdigung noch ein beachtlicher Spielraum. Als oberstes und bestes Beweismittel galt das Geständnis des Beschuldigten. Um es zu erlangen, fand das verwerfliche Mittel der Folter Anwendung.

Über den kanonisch - italienischen Prozeß kam dieses Beweisrecht mit der Reception nach D e u t s c h l a n d und fand seinen Niederschlag in den deutschen Prozeßordnungen, namentlich auch in der C a r o l i n a . Auch sie verlangte für die Verurteilung das Geständnis oder den Beweis durch mindestens zwei einwandfreie Zeugen. Nach Art. 66 und 67 der CCC sind vollgültige Zeugen nur solche, "die unbeleumdeter und sonst mit keyner rechtmäßigen Ursach zu verwerfen sein". ¹³³⁾ Indizien genügten zur Verurteilung nicht. Doch konnten sie die Anwendung der Folter zur Erzwingung des Geständnisses rechtfertigen ¹³⁴⁾. In der Folgezeit verließ das Beweis-

132) G l a s e r S. 5; Z a c h a r i a e , Gebrochen S. 195, verteidigt diese Ansicht - im Jahre 1848! - noch mit folgendem Satz: "Das Wesen alles R e c h t s p r e c h e n s besteht, dem Grundbegriff des Rechts zufolge und im Gegensatz zur bloßen subjektiven und insofern willkürlichen Beurteilung, in der Subsumtion des einzelnen Falles durch die allgemeinen Regeln des Rechts oder Gesetzes, und es heißt mithin den Anspruch über schuldig oder nichtschuldig eines Angeklagten dem G e b i e t des R e c h t s entziehen, wenn man diese Frage lediglich der subjektiven Überzeugung ... der Urteilsfinder überlassen will".

133) Zitiert bei G l a s e r S. 204.

134) v. H i p p e l S. 33.

recht des gemeinen Strafprozesses die abgewogenen Regeln der Carolina mehr und mehr. Die Folter wurde - namentlich in den Hexenprozessen - auch bei geringem und unerhätetem Verdacht bereits angewandt. Die Beweisregeln wurden p o s i t i v ausgelegt, d.h., lag die gesetzlich normierte Beweisgrundlage - Geständnis oder Beweis durch zwei vollgültige Zeugen - vor, so w a r der Beschuldigte zu verurteilen¹³⁵⁾. Die Beseitigung der Folter in der Aufklärungszeit mußte zu einer Krise des Beweisrechts und der Strafrechtspflege überhaupt führen. Gestand der Beschuldigte nicht freiwillig und standen die gesetzlich geforderten zwei vollwertigen Tatzeugen nicht zur Verfügung - und diese Voraussetzung ist bei den wenigsten Delikten erfüllt -, so war eine Verurteilung unmöglich. Diese für eine wirksame Verbrechensbekämpfung bedenkliche Situation führte zu neuen Mißständen, nämlich zur Einführung einer Verdachtsstrafe und zur sogenannten Entbindung von der Instanz. D.h. der verdächtige, aber nicht überführte Angeklagte wurde nicht freigesprochen, wie es die Carolina vorsah. Das Verfahren wurde beendet, konnte aber jeder Zeit wieder aufgenommen werden¹³⁶⁾.

Die gesetzliche Beweistheorie fiel wie viel Überlebtes durch die f r a n z ö s i s c h e R e v o l u t i o n¹³⁷⁾. Eine Zeit, die die V e r n u n f t vergötterte und ihr buchstäblich Altäre errichtete, vertraute auch darauf, daß die V e r n u n f t des R i c h t e r s diesen befähigen werde, den Wert oder Unwert jedes Beweismittels zu erkennen und allein die richtige Überzeugung über Schuld oder Nichtschuld des Angeklagten zu finden, und löste ihn von allen Beweiswürdigungsregeln (1791). In Deutschland fand die Neuerung Anklang. Im Jahre 1848 brach sie sich Bahn, fand allgemein Eingang in die Prozeßordnungen der Länder und mündete ein in die Be-

135) Diese Auslegung war mit den römischen Quellen kaum in Einklang zu bringen, wie u.a. G l a s e r nachgewiesen hat - Anm. 5 S. 6 -.

136) G l a s e r S. 8.

137) v. H i p p e l S. 43.

stimmung der StPO über die freistellung des Richters bei der Beweisaufnahme - § 244 StPO - und die freie Beweiswürdigung - § 261 StPO -.

Ohne Zweifel dienten die ehemaligen Beweisregeln n u r der F i n d u n g der W a h r h e i t . Sie wollten vermeiden, daß der Richter aus einer trüben Quelle schöpfte, daß er sich bei seiner Überzeugungsbildung auf Beweismittel verließ, die erfahrungsgemäß unzuverlässig waren. So mißtraute das Gesetz namentlich auch den Aussagen des Personenkreises, der heute in den §§ 52 und 55 zur Verweigerung der Aussage bzw. der Auskunft berechtigt ist, und schloß diese Personen vom Zeugnis ganz aus oder wertete sie als verdächtig ab oder sah bei ihnen auch nur vom Aussagezwang ab¹³⁸⁾. Diese Bestimmungen entsprangen also ebenfalls der Sorge des Gesetzgebers um die Wahrheitsfindung. Die V e r w e i g e r u n g s - r e c h t e der §§ 52 und 55 StPO aber verraten den Geist des 19. Jahrhunderts mit seinem Kampf für Menschen- und Persönlichkeitsrechte, vor denen auch die Macht des Staates Halt zu machen hat. Sie erscheinen als subjektive R e c h t e der Z e u g e n auf Verweigerung der staatsrechtlich begründeten Bürgerpflicht zur Aussage vor Gericht. Diese "öffentlichrechtlichen Leistungsverweigerungsrechte", wie G o l d s c h m i d t ¹³⁹⁾ sie nennt, beruhen"auf dem allgemeinen Grunde, daß der Staat sich nicht mit unbestreitbaren sittlichen Anforderungen in Widerspruch setzen darf;

138) Bei den verwandten Zeugen, die weitgehend ausgeschlossen waren, wird die Beweisregel außer mit dem Mißtrauen bald auch mit der Rücksichtnahme auf die Bande der Familie gerechtfertigt - s. B e l i n g S. 15 und Z a c h a r i a e , Handbuch II S. 187 Anm. 17. Auch wo kein Aussagezwang gegen den Zeugen geübt wurde, lag kein Verweigerungs r e c h t des Zeugen vor - eine derartige Vorstellung war der damaligen Anschauung, die auch den Zeugen nur als O b j e k t der Untersuchung wertete, fremd -, sondern der Richter sah vom Zwange ab, um keine - erfahrungsgemäß - unsichere Beweisgrundlage zu schaffen (s. Eberh. S c h m i d t in JZ 58, 599).

139) G o l d s c h m i d t S. 307.

daß er die im Interesse der staatlichen Ordnung anerkannten allgemeinen Pflichten nicht geltend machen kann, wo die Geltendmachung mit einem anderen Gesetz der staatlichen Ordnung in Collision kommt, oder mit der Verletzung eines bestimmten Pflichtenverhältnisses verbunden sein würde, welches auch der Staat zu schützen und zu respektieren verbunden ist"¹⁴⁰⁾. Diese Darlegungen drängen zu dem Schluß, daß diese Rechte nur dazu geschaffen sind, den Zeugen vor Interessenkollisionen zu bewahren, in die ihn eine unbeschränkte Aussagepflicht stürzen könnte.

Eberhard Schmidt¹⁴¹⁾ will in der heutigen Regelung der Verweigerungsrechte aber auch das alte Bestreben früherer Gesetze wiedererkennen, der Gefährdung der Wahrheit durch verdächtige Zeugen zu begegnen. Nach Abschaffung der Beweisregeln und nach Einführung der freien Beweiswürdigung, die eine Aufstellung von Zeugenkategorien überflüssig mache, bediene sich - so folgert Schmidt - der Gesetzgeber lediglich neuer juristischer Formen, die "genau so wie die verschwundenen Bestimmungen des gemeinrechtlichen Prozesses die größtmögliche Garantie dafür bieten sollen, daß der Richter davon bewahrt wird, Zeugenaussagen von erfahrungsmäßig zweifelhaftem Wahrheitsgehalt seinem Urteil zu Grunde zu legen". Zur Prüfung, ob diese Ansicht Schmidts zutrifft, ist es angebracht, auf die Motive des Gesetzes zurückzugreifen. Schon die Begründung des Entwurfs zur ZPO - auf den wesensmäßigen Zusammenhang zwischen ZPO und StPO habe ich oben bereits hingewiesen¹⁴²⁾ - verwirft den Unterschied zwischen klassischen und verdächtigen Zeugen und erklärt¹⁴³⁾: "Solche Beschränkungen" sind "bei richtiger Regelung der Zeugnispflicht einerseits entbehrlich und andererseits mit dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung nicht vereinbar". Auch wür-

140) Zachariae, Handbuch II S. 186.

141) JZ 58, S. 600.

142) S. 20 und Anm. 59.

143) Hahn, Motive zur Zivilprozeßordnung S. 311.

den sie "dem Richter eine wichtige Quelle zur Erforschung der materiellen Wahrheit entziehen". Die Motive zur StPO¹⁴⁴⁾ betonen die Unentbehrlichkeit der allgemeinen Aussagepflicht für das Strafverfahren und erklären, daß diese Pflicht immer dort eingeschränkt ist, wo sie "mit anderen Pflichten, die der Staat gleichfalls achtet, in Widerstreit treten würde". Nach einer Übersicht über die damals in den einzelnen deutschen Ländern geltenden Bestimmungen führen sie aus:

"Wie diese Übersicht ergibt, beschränken einzelne Gesetzgebungen sich nicht darauf, gewissen Personen das Recht zur Verweigerung des Zeugnisses zuzustehen, sondern sie untersagen in gewissen Fällen geradezu die Vernehmung. Ein solches Verbot hat der Entwurf nur in Betreff der öffentlichen Beamten aufgenommen, für die anderen Fälle es für genügend erachtet, wenn das Recht, das Zeugnis zu verweigern, anerkannt wird. Einerseits nämlich lassen sich sehr wohl Fälle denken, in denen die von der Zeugnispflicht befreite Person selbst es für geboten und sich darum für verpflichtet erachtet, ihr Zeugnis abzulegen, und der Staat braucht alsdann das dargebotene Zeugnis um so weniger zurückzuweisen, als von den hier gedachten Personen (Geistlichen, Verteidigern, Anwälten) vorausgesetzt werden muß, daß sie selbst am besten im Stande sein werden, die der Ausübung ihres Rechtes etwa entgegenstehenden Rücksichten zu würdigen."

Aus diesen Zitaten ergibt sich für die Ansicht S c h m i d t s keine Stütze. Der Gesetzgeber betont, daß die früheren Einschränkungen mit dem Wesen des neuen Prozeßdenkens unvereinbar sind und begrüßt es, daß durch die neue Regelung zusätzliche Beweismittel gewonnen werden. Dieser letztere Gedanke verrät allenfalls einen

144) H a h n , Motive zur Strafprozeßordnung S. 99, 106.

Zusammenhang mit der Wahrheitsfindung. Unverkennbar ist aber die **S c h u t z f u n k t i o n** der Verweigerungsrechte auf den **Z e u g e n** bezogen. In den Bemerkungen der Motive zu § 52 StPO verliert sich allerdings die Klarheit dieses Gedankens in dem häufig zitierten Satz, der Gesetzgeber habe - im Anschluß an den Entwurf zur ZPO - den Kreis der Zeugnisverweigerungsberechtigten "möglichst weit gezogen, indem er von der Auffassung ausging, daß es vorzuziehen sei, lieber auf Beweismittel zu verzichten, als einen Angehörigen des Beschuldigten der Versuchung auszusetzen, zu Gunsten des letzteren einen Meineid zu leisten"¹⁴⁵⁾. Nach Eberhard **S c h m i d t** soll "der Hinweis auf die Meineidsgefahr doch implicite der Ausdruck der Sorge" sein, "daß bei solchen Zeugen eine unwahre, eben deshalb meineidige Aussage zu befürchten ist und daß die Wahrheitsfindung des Richters durch eine solche Aussage gefährdet werde"¹⁴⁶⁾. Diesen Schluß halte ich nicht für zwingend. Daß auch hier die Schutzfunktion des Verweigerungsrechts nur auf den **Z e u g e n** - und nicht auf die Wahrheitsfindung - zugeschnitten ist, ergibt sich schon daraus, daß man von **i h m** die Gefahr eines Meineids abwenden will. Wenn die vom Gesetzgeber getroffene Regelung also mit der Vermin- derung der Meineide falsche Aussagen von der Beweisgrundlage fern- hält, so ist dies eine **F o l g e** des dem Zeugen angedeihenden Schutzes, nicht aber der **Z w e c k** der Bestimmung selbst. In diesem Sinne verwertet übrigens bereits RGSt 2, 192 den oben zitierten Satz aus den Motiven, wenn es ausführt: "Denn wenn auch die Befreiung Angehöriger des Beschuldigten von der Zeugnispflicht zunächst ein **R e c h t** derselben bildet und auf der **A u f f a s s u n g** **b e r u h t**, "daß es vorzuziehen sei"". Wollte das Gesetz die von Aussagen verwandter Zeugen ausgehende Gefahr für die Wahrheits- findung wirklich bannen, so müßte es das Zeugnis überhaupt verbieten. Gerade der Umstand, daß es ganz in der Hand des Zeugen liegt, zu be-

¹⁴⁵⁾ H a h n ; Motive zur StPO S. 107.

¹⁴⁶⁾ JZ 58, S. 600.

stimmen, ob die Schutzfunktion des Verweigerungsrechts zum Tragen kommt, beweist, daß sie allein auf den Zeugen zugeschnitten ist.

Die Begründung zum Auskunftsverweigerungsrecht bezeichnet die Befreiung vom Aussagezwang als "das notwendige Korrelat des Grundsatzes, daß ein Beschuldigter nicht zu einer Aussage wider sich selbst gezwungen werden dürfe", verrät also ebenfalls deutlich das Bestreben, den Zeugen vor einem Zwiespalt zu bewahren, also eine Schutzfunktion zu Gunsten des Zeugen.

Ich komme daher mit B e l i n g ¹²⁹⁾ und dem Beschluß des BGH zu dem Ergebnis, daß die Zeugnisverweigerungsrechte den Z w e c k verfolgen, den Z e u g e n z u s c h ü t z e n; daß sie der Gesetzgeber - entgegen der Ansicht von Eberhard S c h m i d t - nicht auch dazu b e s t i m m t hat, zum Schutze der Wahrheitsfindung falsche Aussagen zu unterbinden oder den Richter wenigstens vor verdächtigen Zeugen zu warnen. Eine solche Deutung der Verweigerungsrechte paßt weder zu ihrem Wesen als "öffentlichrechtliche Leistungsverweigerungsrechte" des Zeugen, noch zur Gesamtgestaltung unserer Prozeßordnung, die den Richter bei der Erhebung des Beweises und bei seiner Würdigung der Beweismittel freistellt und ersichtlich darauf vertraut, daß Verstand und Erfahrung den Richter befähigen, Wert oder Unwert jedes Beweismittels zu erkennen, die es ihm daher sogar ermöglicht, den Schuldspruch auf die Angaben eines Mitangeklagten zu stützen, eines von Natur aus denkbar unzuverlässigen Beweismittels.

Ist auch eine S c h u t z f u n k t i o n der Verweigerungsrechte für die W a h r h e i t s f i n d u n g abzulehnen, so ist doch nicht zu verkennen, daß sich diese Rechte auf die Wahrheitsermittlung auswirken können. Sie schränken einerseits durch Begrenzung der Aufklärungstätigkeit der Gerichte die Wahrheitsfindung ein. Andererseits werden sie in vielen Fällen tatsächlich falsche Zeugenaussagen verhindern können. Ein Kreis hartnäckiger Rechtsverächter wird sich zwar auch durch sie nicht davon abhalten lassen, durch eine falsche Aussage einen Verwandten zu entlasten oder von sich oder einem Angehörigen den Verdacht strafbarer Handlungen abzuwenden,

zumal die Gerichte aus der Tatsache der Verweigerung des Zeugnisses oder der Auskunft doch Rückschlüsse ziehen werden und nach herrschender Rechtsansicht auch dürfen. Ein beträchtlicher Kreis von Rechtsgenossen mit sittlichen und rechtlichen Hemmungen wird es aber vorziehen, von seinem Recht nach §§ 52 oder 55 StPO Gebrauch zu machen. Hält sich ein solcher Zeuge aber infolge falscher oder unterlassener Belehrung für aussageverpflichtet, so besteht allerdings eine erhebliche Gefahr, daß er in seinem Interessenkonflikt falsch aussagen wird und zwar der Zeuge nach § 52 StPO wahrscheinlich zu Gunsten, der Zeuge nach § 55 StPO wahrscheinlich zu Ungunsten des Angeklagten. Die Existenz der Verweigerungsrechte hat also in einem gewissen Umfang die Gefahr falscher Aussagen gebannt. Wird die Belehrungspflicht vom Gericht verletzt, so tritt die bislang verdeckte Gefahr wieder in Erscheinung. Dieser Zusammenhang zwischen der Belehrung und der Wahrheitsfindung sollte übrigens bei Zugrundelegung der Rechtskreis-theorie des BGH ausreichen, um die Bestimmung des § 55 Abs.2

StPO über die Belehrungspflicht den rechtlich geschützten Interessen des Angeklagten, seinem "Rechtskreis" also, zuzurechnen und die Revisibilität dieser Rechtsnorm anzuerkennen. Es darf dabei keine Rolle spielen, ob im Einzelfall der auf dem Zeugen lastende, ungesetzliche Druck diesen tatsächlich dazu bewogen hat, zum Nachteil des Angeklagten falsch auszusagen oder nicht. Die Möglichkeit, daß bei falscher oder unterlassener Belehrung die nachteilige Folge eintreten kann, müßte genügen.

c) Nicht zu überzeugen vermögen die Darlegungen des Beschlusses über einen W e s e n s u n t e r s c h i e d der Verweigerungsrechte aus § 52 und § 55 StPO. Der BGH räumt selbst ein, daß der Staat in beiden Fällen sein Interesse an der Aufklärung der Straftaten zurückstellt, um den Zeugen einen Zwiespalt zwischen Aussagepflicht und schutzwürdigen persönlichen Interessen zu ersparen. Im Falle des § 52 StPO sind nach seiner Ansicht aber auch noch "übergeordnete Gründe", nämlich der S c h u t z d e r F a m i l i e d e s A n g e k l a g t e n, für die gesetzliche Regelung maßgebend.

Eine derartige zusätzliche Schutzfunktion besitzt § 52 StPO tatsächlich aber *n i c h t*. Verweigert ein Verwandter das Zeugnis, so kann sich der dadurch eintretende Beweisverlust auch zu Ungunsten des Angeklagten auswirken. Der Zeuge wird häufig gar nicht übersehen können, ob sein Wissen für oder gegen den Angeklagten verwertet werden kann. Ferner sind auch Fälle denkbar, daß ein verfeindeter Verwandter bewußt das Zeugnis verweigert, um dem Angeklagten zu schaden. Die Verweigerung des Zeugnisses *k a n n* somit zum Vorteil des Angeklagten ausschlagen, *s i e m u ß* es aber nicht. Das Gesetz hat die Entscheidung darüber, ob die Schutzfunktion des § 52 StPO zum Tragen kommen soll, in die Hand des *Z e u g e n* gelegt. Hätte der Gesetzgeber den vom BGH behaupteten Schutz der Familie des Angeklagten sicherstellen wollen, so hätte er dem *A n g e k l a g t e n* das Recht einräumen müssen, über die Aussage oder Nichtaussage des Zeugen zu entscheiden.

Die verwandtschaftlichen Beziehungen zum Angeklagten sind es, die den Zeugen in den Konflikt mit der Aussagepflicht bringen, den ihm der Gesetzgeber durch die Bestimmung des § 52 StPO ersparen will; wie in den in § 53 StPO aufgezählten Fällen gewisse Vertrauensverhältnisse diesen Konflikt auslösen und im Falle des § 55 StPO die drohende Strafverfolgung des Zeugen oder seiner Angehörigen diesen in einen ähnlichen Zwiespalt bringt. Die Rücksicht auf die Familie ist also nicht ein *ü b e r g e o r d n e t e r* Grund gegenüber der bei allen Verweigerungsrechten festzustellenden Rücksichtnahme auf einen Zwiespalt des Zeugen, sondern die Familienbande lösen eben für den Kreis der Zeugen nach § 52 StPO diesen Konflikt aus. Wenn den Verweigerungsrechten ein Gesichtspunkt übergeordnet ist, dann ist ^{es} *i s t* der der Güterabwägung zwischen den Belangen einer exakten Strafjustiz und anderen schutzwürdigen Interessen ¹⁴⁷⁾. So steht die "Familie" am Ausgangspunkt der Verweigerungsrechte und

147) S. oben S. 66 und Anm. 140; *B e l i n g* "Beweisverbote" S.32 f.

wird möglicherweise durch die Auswirkung derselben geschützt. Aber nicht auf die "Familie" des Angeklagten ist dies zu beziehen, sondern auf die des Zeugen. Nur weil ein familiäres Band vom Zeugen zum Angeklagten geknüpft ist, kann dieser durch die Auswirkung des Verweigerungsrechtes mitgeschützt werden. Zugesnitten aber ist die Schutzfunktion der gesetzlichen Bestimmung nur auf den Zeugen, der allein geschont werden soll ¹⁴⁸⁾.

Der weiter vom BGH angeführte Gesichtspunkt, daß der Zeuge nach § 52 StPO ein umfassendes, der nach § 55 StPO nur ein beschränktes Verweigerungsrecht hat, belegt den behaupteten Wesensunterschied ebenfalls nicht. Für den Zeugen nach § 52 StPO kann die Konfliktsituation eben während der ganzen Vernehmung bestehen und der Zeuge kann, wie bereits oben erwähnt, meist gar nicht abschließend beurteilen, welche Bekundungen dem Angeklagten zum Nachteil geraten werden. Für den Zeugen nach § 55 StPO besteht dagegen der Zwiespalt nur für einen - meist deutlich abgrenzbaren - Teil der Aussage. Erstreckt sich aber die Konfliktsituation ausnahmsweise auf die ganze Aussage, so kann der Zeuge anerkanntermaßen nach § 55 StPO ebenfalls die Aussage ganz verweigern ¹⁴⁹⁾.

Mit dem BGH mag davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber mit der Einführung der Belehrungspflicht in § 55 Abs.2 StPO nicht die Absicht verfolgt hat, gerade die Rechte des Angeklagten zu erweitern ¹⁵⁰⁾. Es trifft auch zu - worauf der Beschluß hinweist -,

148) S. RGSt 17, 364 und 55, 20.

149) S c h w a r z Anm. 1, KM Anm. 1 a zu § 55 StPO.

150) In den Gesetzesmaterialien und Besprechungen des Rechtseinhaltsgesetzes ist § 55 Abs. II StPO nicht näher begründet. S. Drucksache Nr. 530 des Deutschen Bundestages 1. Wahlperiode 1949, Verhandlungen des Deutschen Bundestages 1. Wahlperiode 1949, Stenographische Berichte Bd. 2 S. 1432 ff. Besprechungen in JR 1949, S. 103; JR 1950, S. 516.

daß § 52 StPO sich von § 55 StPO in der Formulierung dadurch unterscheidet, daß dem Zeugen nach § 52 StPO ausdrücklich gestattet ist, den Verzicht auf sein Recht auch noch während der Vernehmung zu widerrufen. Demgegenüber muß aber auf die Motive zur StPO verwiesen werden ¹⁵¹⁾, aus denen zu entnehmen ist, daß sowohl die vorgeschriebene Belehrung als auch die Möglichkeit späteren Widerrufs des Verzichts ebenfalls nur zum S c h u t z e des Z e u g e n und zur Sicherstellung seiner Rechte eingeführt worden ist. Als der Abgeordnete Dr. S c h w a r z e die jetzige Fassung des § 52 Abs. 2 StPO beantragte, begründete er dies wie folgt:

"Wenn man im Gesetze anerkenne, daß gewisse Personen das Recht der Zeugnißverweigerung haben, so müsse man auch dafür sorgen, daß dieses Recht in der Praxis zur Wahrheit werde. Persönlich sei er zwar der Ansicht, daß der Entwurf bei richtiger Handhabung bereits zu der Übung führen müsse, welche er beantrage; allein es gebe Richter und Staatsanwälte, welche in der Berechtigung zur Zeugnisverweigerung eine Schädigung der Justiz erblicken, und welche daher den Entwurf anders verstehen könnten. Deswegen wolle er ausdrücklich ausgesprochen haben, daß der Zeuge bei jeder einzelnen Vernehmung über das Recht der Zeugnisverweigerung belehrt werde, und daß er berechtigt sein solle, den Verzicht auf das Recht der Zeugnisverweigerung im Laufe seiner Vernehmung zu widerrufen; letzteres besonders um deswillen, weil er sich Fälle denken könne, in denen der Zeuge sich erst im Laufe seiner Vernehmung über die Tragweite seines Zeugnisses klar werde."

Den gleichen Standpunkt vertrat der Bericht der Kommission zur Vorberatung der Gesetzesentwürfe mit der Erklärung:

151) H a h n , Motive S. 583.

"Soll nämlich das erwähnte Recht nicht illusorisch werden, so muß der, desselben oft unkundige Zeuge vor j e d e r Vernehmung hierauf hingewiesen und überdies dem Angehörigen die Befugnis eingeräumt werden, den Verzicht auf dasselbe nachträglich und selbst noch während seiner Vernehmung zu widerrufen. Denn es kann vorkommen, daß dem Angehörigen erst im Laufe des Verfahrens oder der Vernehmung selbst die Tragweite der an ihn gerichteten Zeugenfragen für den Beweis wider den Angeschuldigten erkennbar wird."

Dem BGH ist es somit nicht gelungen, seine These vom wesensmäßigen Unterschied der Rechte nach § 52 und § 55 StPO zu erhärten. Damit fehlt aber jede Rechtfertigung für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Rechte bei der Zulassung der Revision im Falle einer Verletzung der Belehrungspflicht.

d) Soweit die L i t e r a t u r zu § 55 StPO in der Neufassung nicht wie L ö w e - R o s e n b e r g ¹⁵²⁾, E r b s ¹⁵³⁾ und G a g e - S a r s t e d t ¹⁵⁴⁾ der Linie des BGH folgt, stützt sie ihre abweichende Meinung vornehmlich auf den Gesichtspunkt, § 55 StPO diene - auch - dem Schutze der Wahrheitsfindung. Mit dieser Überlegung begründete schon B u s c h ¹⁵⁵⁾ seine erste, ablehnende Stellungnahme. S c h w a r z ¹⁵⁶⁾ folgert: "Denn auch der Angeklagte hat ein A n r e c h t darauf, daß der Zeuge nicht unter vermeintlichem Aussagezwang seine Bekundungen evtl. zum Nachteil des Angeklagten färbt". Nach Kleinknecht-Müller¹⁵⁷⁾ ist es "nicht

152) L ö w e - R o s e n b e r g Anm. 11 zu § 55 StPO.

153) E r b s , Handkommentar zur StPO, Anm. zu § 55 II StPO.

154) G a g e - S a r s t e d t S. 61.

155) B u s c h JZ.1953, 703.

156) S c h w a r z Anm. 1 A zu § 55 StPO (sowohl frühere Auflagen als auch die 21. neubearbeitete).

157) K M Anm. 1 b zu § 55 StPO.

einzusehen, warum § 55 nicht ebenso wie § 52 ^{zugleich} dazu bestimmt sein soll, die Gefahr falscher Aussagen von der Rechtspflege abzuwenden und warum er nicht ebenso wie § 52 ^{gleich} ein S c h u t z - r e c h t des Angeklagten enthalten soll" ¹⁵⁸⁾. J e s c h e c k ¹⁵⁹⁾ geht von der Rechtskreistheorie aus, lehnt aber den Standpunkt des BGH zu § 55 StPO gleichwohl mit folgender Begründung ab: "Die Gefahr einer den Angeklagten belastenden falschen Aussage, gerade wegen der Furcht vor Bestrafung, ist doch so naheliegend und im Sinne der Belehrung liegt es zugleich, den Angeklagten ebenfalls vor den Folgen solcher Konflikte zu schützen; der Verfahrensfehler berührt also auch den Rechtskreis des Angeklagten." Mit besonderem Nachdruck vertritt G o s s r a u ¹⁶⁰⁾ die Ansicht, die Rechte aus §§ 52 und 55 StPO dienen beide der Wahrheitsfindung. Zur gegen- teiligen Meinung des Beschlusses erklärt er: "Die Revision kann nicht auf die Verletzung solcher Vorschriften gestützt werden, die - obschon der Urteilsspruch auf der Verletzung beruht - nicht der Wahrheitsermittlung dienen, sondern dem Schutz anderer Interessen". In der Begründung des Beschlusses fehlt daher nach seiner Ansicht "die innere Rechtfertigung für die Anerkennung des Revisionsgrundes" - bei § 52 - ¹⁶¹⁾. Eberhard S c h m i d t ¹⁶²⁾ betont zwar, wie

158) Schwarz und KM operieren also mit dem abzulehnenden Begriff eines prozessualen Rechts des Angeklagten im Sinne eines Anspruchs. Wie ich oben - IV e - dargelegt habe, hat der Angeklagte kein "Recht" auf Einhaltung prozessualer Vorschriften. Die Existenz eines solchen Rechts ist aber auch nicht Voraussetzung für die Zulassung der Revision im Falle eines Verfahrensverstößes. Die Rechte aus §§ 52 und 55 StPO sind auch nicht eigentlich dazu "bestimmt", die Wahrheitsfindung zu schützen. Sie können sich aber auf sie auswirken - s. oben unter V c -.

159) J e s c h e c k GA 59 S. 84.

160) G o s s r a u MDR 1958, 468.

161) Die einschränkende Auslegung des § 337 StPO hält Gossrau mit dem BGH im Prinzip für richtig, weil ja sonst auch die Verletzung des § 54 StPO, der ausschließlich öffentlich-rechtliche Interessen schütze, die Revision rechtfertige. Tatsächlich lehnt die Rechtsprechung eine Revision bei Verletzung des § 54 StPO ab - s. RGSt 44, 291; 48, 38 A.A. B e l i n g, "Beweisverbote" S. 6 f; Eberhard S c h m i d t, Lehrkommentar Erl. 10 zu § 54 StPO; N i e - s e S. 148; A l s b e r g - N ü s e S. 202. Das RG verrät in

oben eingehend dargestellt, ebenfalls die Schutzfunktion der Rechte aus §§ 52 und 55 für die Wahrheitsfindung. Für ihn, der die einschränkende Auslegung des BGH zu § 337 StPO ablehnt, ist jedoch dieser Gesichtspunkt keine unabdingbare Voraussetzung für die Zulassung der Revision. Für ihn genügt dafür die Feststellung, daß das Gericht prozeßordnungswidrig verfahren ist ¹⁶³⁾. Auch A l s b e r g - N ü s s e ¹⁶⁴⁾ folgert: "Denn wenn auch niemand ein subjektives Recht darauf hat, daß der Zeuge sein Zeugnisverweigerungsrecht ausübe, so können doch alle Prozeßbeteiligten verlangen, daß das Gericht ordnungsgemäß prozediert; demgemäß können sie auf Verstöße des Gerichts, soweit sie sich zu ihrem Nachteil auswirken, die Revision stützen."

VI.

a) § 55 StPO ist eine jener Vorschriften, die die Forschungstätigkeit des Richters, der grundsätzlich die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die für die Entscheidung von Bedeutung sind - § 244 Abs.2 StPO -, einschränken und die Ermittlung der Wahrheit auf "justizförmigem Weg"

den genannten Entscheidungen wiederum die oben abgelehnte Auffassung, nur die Verletzung prozessualer Befugnisse und Ansprüche des Angeklagten gebe diesem ein Recht auf Revision.

Gossrau verkennt in seinen Darlegungen namentlich, daß neben der Findung der Wahrheit auch die Justizförmigkeit des Verfahrens für den Strafprozeß von wesentlicher Bedeutung ist - s. oben S. 22 f -. Seine Ansicht, nur die Findung der Wahrheit gebe "die innere Rechtfertigung für die Anerkennung als Revisionsgrund", ist daher abzulehnen. Wie wollte Gossrau es z.B. auch erklären, daß die Rechtsprechung die Revision zuläßt, wenn das Ergebnis einer körperlichen Untersuchung eines Zeugnisverweigerungsberechtigten verwertet wurde, der über sein Untersuchungsverweigerungsrecht nicht belehrt wurde - BGHSt 5, 132 -. Hier war der Verstoß für die Wahrheitsfindung nur vom Vorteil. Ähnliches gilt für die Einschränkung der Beschlagnahme und Durchsuchung bei Zeugnisverweigerungsberechtigten. In all diesen Fällen dient eben die Zulassung der Revision doch anderen Interessen, als der Wahrheitsfindung.

162) Eberhard S c h m i d t JZ 1958, 620.

163) Eberhard S c h m i d t, Lehrkommentar, Anm. 9 zu § 55 StPO.

garantieren¹⁶⁵⁾. Das Gericht kann gegen diese Bestimmungen in der Weise verstoßen, daß es die gesetzlich errichtete Schranke mißachtet und weiter forscht, als das Gesetz es zuläßt. Es sind aber auch Fälle denkbar - und diese seien vorweg erwähnt -, bei denen der Richter entgegen seiner Pflicht zur restlosen Aufklärung des Sachverhalts mit allen nur möglichen Beweismitteln mit seiner Ermittlungstätigkeit nicht a n , sondern bereits v o r der gesetzlichen Schranke aufhört, weil er die einschränkende Norm falsch auslegt und anwendet. So kann er im Zusammenhang mit § 55 StPO fälschlicherweise die Gefahr einer Strafverfolgung angenommen haben, während in Wirklichkeit keine verfolgbare Straftat vorlag, weil etwa der Täter strafunmündig oder bereits rechtskräftig abgeurteilt oder auch amnestiert war, weil lediglich eine Ordnungswidrigkeit oder Disziplinwidrigkeit vorlag. Das Gericht kann ferner den Angehörigenbegriff verkannt und die Angehörigeneigenschaft über den Rahmen des § 52 Abs. 1 StPO hinaus zugebilligt haben. Oder auch der Richter wendet § 55 StPO in gleicher Weise wie § 384 ZPO an und gewährt das Auskunftsverweigerungsrecht bereits bei der bloßen Gefahr der Unehre und des vermögensrechtlichen Nachteils. Verweigert in derartigen Fällen der Zeuge auf Grund einer falschen Belehrung des Richters die Auskunft, so ist das auf diesem Verstoß beruhende Urteil mit der Revision anfechtbar. Der Anfechtungsgrund ist aber nicht so fast die falsche Anwendung des § 55 StPO, als vielmehr der dadurch bedingte Verstoß gegen § 244 Abs. 2 StPO;¹⁶⁶⁾ denn der Richter hat eine bestehende Aufklärungsmöglichkeit nicht ausgeschöpft. Führt die Auskunftsverweigerung ausnahmsweise zum Totalverlust der Aussage, so ist außerdem auch § 245 StPO verletzt; denn der Zeuge war ein präsen-tes Beweis-mittel

164) A l s b e r g - N ü s e S. 205.

165) S. oben S. 23.

166) S. RGSt 32, 157; L ö w e - R o s e n b e r g Anm. 10 und KM Anm. 39 zu § 52 StPO; Eberh. S c h m i d t , Vorbemerkung 7 und Erl. 22 zu § 52 sowie Erl. 9 zu § 55 StPO; A l s b e r g - N ü s e S. 205.

und mußte, da das Recht zur Verweigerung der Auskunft tatsächlich nicht bestand, vernommen werden¹⁶⁷⁾. Daß der Angeklagte dem Verfahren des Gerichts nicht widersprochen hatte, kann nach Sachlage nicht als wirksamer Verzicht auf die Erhebung des Beweises gewertet werden.

Liegt der Fall so, daß der Richter auf Grund einer Täuschung durch den Zeugen oder auch auf Grund irreführender Angaben z.B. über den Verwandtschaftsgrad oder über den Verdacht einer strafbaren Handlung §55 StPO unrichtig anwendet und die Aussagepflicht des Zeugen ungesetzlich einschränkt, so muß für die Revisibilität dieses Verfahrensmangels das gleiche gelten. Nach allgemeiner Rechtsansicht ist es für die Anfechtbarkeit eines Verstoßes nämlich unerheblich, ob der Richter aus Rechtsunkenntnis oder infolge Irrtums oder Täuschung das Gesetz falsch angewandt hat. "Das Revisionsgericht hat lediglich zu prüfen, ob o b j e k t i v eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 337 feststellbar ist oder nicht"¹⁶⁸⁾.

b) Bei den oben aufgeführten Fällen ist die Revision zulässig. Es handelt sich aber dabei um keine echten Verstöße gegen § 55 StPO, sondern lediglich um Verfahrensmängel, die mit dieser Bestimmung im Zusammenhang stehen. Wie aber steht es um die Anfechtbarkeit, wenn der Richter unter Mißachtung des Auskunftsverweigerungsrechts oder infolge falscher Auslegung und Anwendung des § 55 StPO mehr ermittelt hat, als das Gesetz zuließ? Das Ermittlungsergebnis wurde unter Verletzung des Gesetzes erzielt. Genügt diese Feststellung, um eine Verwertung des Beweisergebnisses für das Verfahren zu unterbinden und die Revision eines darauf beruhenden Urteils zuzulassen, oder geht unsere Verfahrensordnung über Verstöße, die letztlich eine bessere Sachaufklärung ermöglicht, also dem Hauptzweck des Verfah-

167) G a g e - S a r s t e d t S. 60 (für den Fall des § 52 StPO).

168) E b. S c h m i d t, Lehrkommentar Erl. 61 zu § 337 StPO. S. auch KM Anm. 9 d zu § 337 StPO und B e l i n g Deutsches Reichsstraßprozeßrecht § 48 VII.

rens gedient haben, einfach zur Tagesordnung über? Tatsächlich ist unser Strafverfahren, wie bereits oben festgestellt wurde ¹⁶⁹⁾, gegen dererlei Verstöße weitgehend unempfindlich. Ist z.B. ein Einbrecher in einem fremden Haus zufällig Zeuge eines Verbrechens geworden, hat ein Privatdetektiv sich in ein Haus eingeschlichen und ein Gespräch belauscht, das den Täter verrät, bricht ein Zeuge durch seine Aussage ein Berufsgeheimnis ¹⁷⁰⁾, so können diese Personen gleichwohl als Zeugen vernommen und ihre Aussagen dem Schuld-spruch zugrunde gelegt werden. Waren etwa vor Anordnung der Untersuchung in einer Heil- oder Pflegeanstalt - § 81 StPO - Sachverständiger und Verteidiger nicht gehört worden oder hatte der Staatsanwalt selbst eine körperliche Untersuchung - § 81 a StPO - veranlaßt, obwohl eine Verzögerung der Untersuchung deren Erfolg nicht gefährdet hätte, der Richter also allein für die Anordnung zuständig gewesen wäre, so sind die Untersuchungsergebnisse dennoch im Verfahren zu verwerten ¹⁷¹⁾. Hat ein Polizeibeamter entgegen § 104 Abs. 1 StPO eine nächtliche Hausdurchsuchung vorgenommen, hat er sichergestellte Papiere unter Verletzung des § 110 StPO selbst erbrochen und durchgesehen oder hat ein Privatdetektiv ein Beweisstück aus einem fremden Haus entwendet, so stehen diese Verstöße - mögen sie auch strafrechtliche Ahndung nach sich ziehen - einer Verwertung der gefundenen Beweisstücke im Strafverfahren nicht entgegen. Das Urteil beruht nicht auf der Beschaffung, sondern auf der Verwertung der Beweismittel. Das Gesetz kennt aber keine Bestimmung, die die Verwertung von Beweismittel, die unter Verletzung des Gesetzes beschafft wurden, schlechthin verbietet ¹⁷²⁾.

169) S. 46 f.

170) S. BGHSt 9, 59.

171) S. KM Anm. 9 zu § 81 und Anm. 9 zu § 81a StPO.

172) Das RG erklärt allerdings in RGSt 47, 195 ganz allgemein: "Das Verbot einer Beschlagnahme enthält das Verbot einer Benutzung als Beweismittel". Es stützt sich dabei auf RGSt 20, 91. Dort ist tatsächlich ausgeführt, daß ein "auf gesetzwidrige Weise erlangtes Beweismittel in der Hauptverhandlung nicht produziert, bei der Urteilsfindung nicht verwertet werden" darf. In dem dort behandelten Fall war ein Brief des Beschuldigten an seine Eltern bei diesen, die selbst nicht verdächtig waren, beschlagnahmt und in der Hauptverhandlung zur Überführung des

Mit der Feststellung allein, daß die Vernehmung eines Zeugen unter Mißachtung des § 55 StPO das Gesetz verletzt hat, ist somit für die Frage der Revisibilität dieses Verstoßes noch nichts gewonnen¹⁷³⁾.

Nun kennt unsere Strafprozeßordnung aber auch Vorschriften, die den Willen des Gesetzes ausdrücken, bestimmte Beweiserhebungen und Beweismittel überhaupt zu verwerfen und ihre Verwertung für das Urteil zu unterbinden. So verbieten §§ 136 a Abs.3, 69 Abs.3, 161 Abs.2, 163 Abs.2 StPO ausdrücklich die Verwertung von Aussagen, die mit verbotenen Mitteln erzielt wurden, § 250 StPO die Verlesung einer Urkunde über die Wahrnehmung einer Person, § 252 StPO die Verlesung einer Aussage eines Zeugen, der nachträglich das Zeugnis verweigert hat, § 256 StPO die Verlesung von Leumundszeugnissen und ärztlichen Attesten über schwere Körperverletzungen. § 274 StPO gestattet den Nachweis der Förmlichkeiten in der Hauptverhandlung mit keinem anderen Beweismittel, als mit dem Protokoll. In derartigen Fällen spricht man von "Beweisverboten". Die Verletzung des § 55 StPO begründet demnach dann die Revision, wenn die genannte Bestimmung ein Beweisverbot enthält.

Beschuligten benutzt worden. Es lag also ein Verstoß gegen § 97 Abs. 1 StPO vor. Aus dem Zeugnisverweigerungsrecht erwächst hier auch gegenüber der Beschlagnahme ein echtes Beweisverbot, das die Verwertung verbietet. Aus diesem Grunde, nicht wegen einer Verletzung des Gesetzes bei der Beschaffung des Beweisstückes schlechthin, durfte der Brief nicht verwertet werden. Die genannten Entscheidungen sind daher in ihrer verallgemeinernden Ausdrucksweise irreführend. Gleiches gilt für die häufig zu lesende Begründung, die Verwendung eines "illegalen", eines "ungesetzlichen" Beweismittels sei unzulässig. Der Satz ist dann zutreffend, wenn deutlich gemacht wird, daß darunter Beweismittel verstanden werden, die gegen ein Beweisverbot verstoßen.

173) S. auch Niese S. 139 f; KM Anm. 7 vor § 94 StPO; Eberh. Schmidt Erl. 14 zu § 94 StPO.

In jüngster Zeit wurde die Forderung erhoben, die Verwertbarkeit ungesetzlich gewonnener Beweismittel einzuschränken. So bemerkte das BayObLG (BayObLGSt 1951,460) zu § 136a StPO, es sei "nicht abwegig, diese Vorschrift als gesetzlichen Niederschlag eines über den Wortlaut hinausgehenden Willens des Gesetzgebers zu deuten, daß auf unsittliche Weise erbrachte Beweise nicht im Strafverfahren gegen den Beschuldigten verwertet werden dürfen". Für eine entsprechende Anwendung des § 136a StPO auf andere Prozeßhandlungen

B e l i n g ¹⁷⁴⁾, der den Begriff " B e w e i s v e r b o t " geprägt und vornehmlich erläutert hat, sieht in den Beweisverboten den Niederschlag verschiedenartiger Rücksichtnahmen des Gesetzes auf Interessen, die der Wahrheitsfindung und einem exakten Prozedieren entgegenstehen. Er unterscheidet absolute Beweisverbote, die eine bestimmte Tatsache dem Beweis entziehen, und relative, die bestimmte Beweismittel ausschließen, unbedingte Beweisverbote, die auf jeden Fall eintreten, und bedingte, die vom Willen einer im Gesetz bezeichneten Person abhängen. Zu den letzteren rechnet er namentlich die Normen, die ein Recht auf Verweigerung des Zeugnisses geben. In einem solchen Recht "steckt" nach seiner Ansicht "mehr, als die Befreiung von der Zeugnispflicht: In ihm steckt der Imperativ, der berechtigtermaßen sein Zeugnis verweigernde Zeuge solle nicht als Beweismittel benutzt werden".¹⁷⁵⁾ Ebenso wie die §§ 52, 53 und 54 StPO enthält nach B e l i n g auch § 55 StPO ein Beweisverbot, dessen Verletzung die Revision begründen kann¹⁷⁶⁾. B e l i n g s Erkenntnisse fanden weitgehend Anklang. Zum gleichen Ergebnis bezüglich § 55 StPO wie er kommen namentlich auch G e r l a n d ¹⁷⁷⁾, Eberhard S c h m i d t ¹⁷⁸⁾, N i e s e ¹⁷⁹⁾ und

auch Eb. S c h m i d t in JZ 55, 680. Kleinknecht-Müller fordern die Unverwerflichkeit von Beweisen bei schwerwiegenden Verfahrensverstößen" auf Grund "einer stillschweigenden Generalklausel des Gesetzes" - Anm. 7 vor § 94 StPO -. Gegen die Verwertung eines Beweises, "die rechtsstaatlichen Grundsätzen schlechthin widerspricht", auch A l s b e r g - N ü s e - S. 105 Anm. 46 a -.

Im Prinzip ist diesen Forderungen zuzustimmen. Fraglich erscheint es aber, ob eine zulässige Auslegung der Verfahrensordnung bereits eine derartige Einschränkung rechtfertigt oder ob die Lösung dem Gesetzgeber vorzubehalten ist.

174) B e l i n g "Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozeß" S. 3 ff, 13; s. auch B e n n e c k e - B e l i n g S. 328, 350 f. und B e l i n g Deutsches Reichsstrafprozeßrecht S. 284, 289, 290 f.

175) B e l i n g , Beweisverbote, S. 5.

176) B e l i n g , Beweisverbote S. 12 f, 31 Anm. 1.

177) G e r l a n d S. 194, 202 ff.

178) Eberh. S c h m i d t , Lehrkommentar, Erl. 4-7 vor § 52 StPO.

179) N i e s e S. 141, 143 f und 7 ZStrW 63, 214 (217).

A l s b e r g - N ü s e ¹⁸⁰⁾. Besondere Erwähnung verdient die Erläuterung bei Kleinknecht-Müller ¹⁸¹⁾. Es wird dort unterschieden zwischen "B e - w e i s v e r b o t e n" oder "B e w e i s m i t t e l v e r b o - t e n", die die Verwendung bestimmter Beweismittel schlechthin ausschließen, und "B e w e i s v e r f a h r e n s v e r b o t e n", die die Methode der Beweisgewinnung festlegen. Ein Beweisverbot erkennen Kleinknecht-Müller unter Hinweis auf D ü n n e b i e r nur dann an, wenn ein entsprechendes "ethisch fundiertes" und "rechtlich anerkanntes Schutzrecht des Angeklagten" besteht. Für § 55 StPO wird diese Voraussetzung bejaht ¹⁸²⁾. Das ethisch fundierte Schutzrecht des Angeklagten wird damit gerechtfertigt, daß § 55 StPO dem Zwecke diene, "die Gefahr falscher Aussagen von der Rechtspflege abzuwenden". Wie ich bereits oben ¹⁸³⁾ ausgeführt habe, kann aber weder davon ausgegangen werden, daß dem Angeklagten prozessuale Rechte im Sinne eines Anspruchs zustehen, noch daß § 55 StPO dazu bestimmt ist, die Wahrheitsfindung zu schützen. Diese Feststellung zwingt jedoch keineswegs dazu, § 55 StPO die Funktion eines Beweisverbotes abzusprechen; denn die in K M aufgestellte These ist nicht stichhaltig. D ü n n e b i e r ¹⁸⁴⁾, auf den allein sich K M beruft, stellt auf der Suche nach einer Rechtfertigung für ein Beweisverbot in § 81 c StPO fest, daß in unserer Rechtsordnung folgende Prinzipien ein Beweisverbot zu begründen vermögen: 1) Die Rücksicht auf den Interessenkonflikt des Zeugen, 2) der Schutz des Vertrauens, das der Angeklagte nahen Angehörigen und Vertrauenspersonen entgegenbringen kann, und 3) der Schutz der Würde des Menschen, der allein darüber zu bestimmen haben soll, ob er durch seine Mitwirkung die Möglichkeit einer Belastung seines Angehörigen herbeiführen will

180) A l s b e r g - N ü s e S. 89 ff, 100, 106, 202.

181) K M , Vorbemerkung 2 zu § 48 StPO.

182) K M , Vorbemerkung 2 zu § 48 und Anm. 1 b zu § 55 StPO.

183) S. oben S. 52 f und S. 62 ff.

184) D ü n n e b i e r "Zweifelsfragen zu § 81 c StPO" in GA 1953 S. 65.

oder nicht. Von diesen 3 Prinzipien enthält, auch nach den Darlegungen D ü n n e b i e r s, nur das 2. - Vertrauensschutz - eine Schutzfunktion für den Angeklagten¹⁸⁵⁾. In den Fällen 1 und 3 wird nur auf den Zeugen Rücksicht genommen. Von einem S c h u t z - r e c h t des Angeklagten kann hier also keine Rede sein. D ü n n e b i e r hat dies auch keineswegs behauptet. Seine Ansicht von der ethischen Grundlage der Beweisverbote - ausdrücklich nimmt er diese übrigens nur für das 3. Prinzip (Schutz der Menschenwürde) in Anspruch - besagt letzten Endes nicht mehr und nichts anderes, als was bereits die Motive¹⁸⁶⁾ verraten, was Zachariae¹⁸⁷⁾ erkannt und B e l i n g mit seiner Erklärung ausgesprochen hat, die Beweisverbote seien das Ergebnis einer Güterabwägung zwischen den Belangen der Strafrechtspflege mit ihrem Streben nach Ermittlung der Wahrheit und Gegeninteressen, die das Gesetz anerkennt und höher bewertet¹⁸⁸⁾. Jedenfalls stützen die Darlegungen D ü n n e b i e r s die Behauptung bei Kleinknecht-Müller, ein Beweisverbot setze ein ethisch fundiertes und rechtlich anerkanntes Schutzrecht des Angeklagten voraus, nicht. Unklar bleibt auch, womit K M dieses Schutzrecht des Angeklagten etwa bei den Beweisverboten rechtfertigen will, die sich aus § 81 c StPO und aus den Einschränkungen der Herausgabepflicht, der Durchsuchung und der Beschlagnahme im Zusammenhang mit den Zeugnisverweigerungsrechten ergeben; denn dort ist für die Begründung "Schutz der Wahrheitsfindung" kein Raum. Die nicht belegte und ersichtlich auch inkonsequente These bei Kleinknecht-Müller ist somit abzulehnen.

Das R G hat beim Zeugnisverweigerungsrecht ein "Beweisverbot" im Sinne B e l i n g s durchwegs anerkannt. Vereinzelt hat es die Bezeichnung "Beweisverbot" selbst angewandt¹⁸⁹⁾; im übrigen

185) Daß diese Schutzfunktion in Wirklichkeit nicht besteht, daß der Angeklagte lediglich in Auswirkung eines auf die Person des Zeugen allein bezogenen Schutzes im Einzelfall einen Vorteil haben k a n n, nicht m u ß, habe ich bereits oben - S. 68 ff - dargelegt.

186) H a h n, Motive zur StPO S. 99.

187) S. oben S. 65 f und Anm. 140.

188) B e l i n g, Beweisverbote S. 33. Daß die Achtung vor der M e n s c h e n w ü r d e zum Beweisverbot führen muß, spricht

hat es mit anderen Wendungen zum Ausdruck gebracht, daß Beweiserhebungen, die das Zeugnisverweigerungsrecht verletzen, bei Meidung der Anfechtbarkeit des Urteils für die Entscheidung nicht verwertet werden dürfen¹⁹⁰⁾. Die Urteile des RG beziehen sich meist auf das Zeugnisverweigerungsrecht der Angehörigen des Angeklagten nach § 52 StPO. Doch bestätigen einzelne Entscheidungen die gleiche Ansicht für das Verweigerungsrecht der Vertrauenspersonen nach § 53 StPO¹⁹¹⁾. Dagegen hat es das RG ausdrücklich abgelehnt, die Revision zuzulassen, wenn § 54 StPO verletzt und die Aussage eines Beamten verwertet wurde, der ohne die erforderliche Genehmigung des Dienstvorgesetzten ausgesagt hatte¹⁹²⁾. Der Grund und die Erklärung für die unterschiedliche Behandlung der Rechte nach §§ 52, 53 einerseits und des § 54 andererseits liegt in der bereits oben¹⁹³⁾ erwähnten, mitunter festzustellenden einschränkenden Auslegung des § 337 StPO, die dem Angeklagten die Revision bei Verfahrensverstößen nur zubilligte, wenn ihm dadurch ein Recht, ein Anspruch oder eine Befugnis prozessualer Art verletzt worden war. Ein Verstoß gegen § 54 StPO soll jedoch nur die Interessen des Staates berühren. Der B G H führt diese Linie der Rechtsprechung zu §§ 52 ff StPO im wesentlichen fort. In ähnlich einschränkender

B e l i n g deutlich aus - S. 37 -. Er hatte aber in sein System der Beweisverbote de lege lata auch die Beweiseinschränkungen zu Gunsten der Landesherrn und der landesherrlichen Familien - § 5 EGVG, § 4 E StPO - aufzunehmen, deren Notwendigkeit "ethisch" wohl nicht zu rechtfertigen war.

189) So in RGSt 48, 359.

190) So z.B. in RGSt 2, 193: Recht des Angeklagten, "daß kein nach dem Gesetz unzulässiges Beweismittel gegen ihn vorgeführt werde"; RGSt 8, 123: "Die Unterlassung der Belehrung verstößt gegen § 51 - jetzt 52 - und macht die Aussage ... zu einem unstatthaften Beweismittel", das nicht verwertet werden darf; RGSt 9, 384: Recht der Prozeßbeteiligten, "daß nur unter den gegebenen Voraussetzungen das Zeugnis benutzt werde"; RGSt 32, 72: "Liegt das Hindernis des Zeugnisverweigerungsrechts nicht im Wege".

191) RGSt 57, 66; 71, 21.

192) RGSt 48, 38.

193) S.S. 32 u. 47.

Auslegung des § 337 StPO läßt er die Revision bei Verfahrensverstößen für den Angeklagten nur zu, wenn dadurch dessen "Rechtskreis" wesentlich berührt worden ist. Das führt dazu, daß er bei Verstößen gegen die §§ 54 und 55 StPO dem Angeklagten kein Anfechtungsrecht zubilligt.

Geht man mit meinen obigen Darlegungen zu § 337 StPO und den dort zitierten Autoren davon aus, daß der Angeklagte nach dem Gesetz ein umfassendes Rügerecht bei Verfahrensverstößen besitzt, so entfällt jeder Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Verweigerungsrechte. Gerade die Rechte aus § 52 und aus § 55 StPO sind einander so wesensverwandt, daß eine abweichende Bewertung ohnedies gekünstelt erscheint und, wie oben ausgeführt¹⁹⁴⁾, nicht überzeugend begründet werden kann. Jedes dieser "öffentlich-rechtlichen Leistungsverweigerungsrechte"¹⁹⁵⁾ enthält ein Beweisverbot, dessen Verletzung die Revision rechtfertigen kann. Setzt sich also der Richter über die seiner Ermittlungstätigkeit durch § 55 Abs. 1 StPO gezogenen Schranken hinweg, sei es aus Willkür, sei es infolge irriger Rechtsanwendung, so darf das so gefundene Beweisergebnis für das Urteil nicht verwertet werden, widrigenfalls die Revision zulässig ist.

c) § 55 enthält ein bedingtes Beweisverbot. Nur wenn und soweit der Zeuge mit Recht seine Auskunft verweigert, tritt es in Funktion. Was aber gilt, wenn der Zeuge ausgesagt hat, ohne vorher entsprechend der Bestimmung des § 55 Abs. 2 StPO über sein Recht belehrt worden zu sein, obwohl der Richter Anhaltspunkte feststellen konnte, die auf die Voraussetzungen des § 55 StPO hindeuteten? In diesem Fall ist es ungewiß, ob die Bedingung, an die das Beweisverbot geknüpft ist, nämlich die Weigerung des Zeugen, tatsächlich eingetreten wäre. Soll auch dieser Verfahrensmangel

194) S. 70 ff.

195) Goldschmidt S. 307.

die Verwertung der so gewonnenen Aussage ausschließen oder handelt es sich bei § 55 Abs. 2 StPO lediglich um eine jener Vorschriften über die Zulässigkeit und die Methode der Beweiserhebung, gegen deren Verletzung unsere Verfahrensordnung unempfindlich ist?

Zweck der Verweigerungsrechte ist es, den Zeugen vor einem inneren Zwiespalt zwischen der staatsbürgerlichen Pflicht zur wahrheitsgemäßen Aussage vor Gericht und entgegenstehenden übermächtigen persönlichen Interessen zu bewahren. Aussagen, die der Zeuge entgegen dieser gesetzlich normierten Erleichterung unter dem vollen Druck des Aussagezwanges macht, sind beweisrechtlich verworfen und daher für das Verfahren unbeachtlich. Die Existenz dieses Beweisverbotes mit der daran geknüpften Möglichkeit einer Anfechtung des Urteils im Falle einer kausalen Verletzung ist die verfahrensrechtliche Garantie für die Beachtung des Verweigerungsrechtes. Ob sich nun der Richter willkürlich über das Auskunftsverweigerungsrecht hinweggesetzt, ob er in rechtsirriger Anwendung des § 55 StPO vom Zeugen mehr erfragt hat, als das Gesetz zuläßt, oder ob er den Zeugen ohne Belehrung über sein Recht vernommen hat, in allen Fällen hat der Zeuge unter dem vollen Aussagezwang und somit in einer Konfliktsituation ausgesagt, die ihm das Gesetz eben ersparen wollte. Die Fälle sind also, gerade was den entscheidenden Gesichtspunkt anlangt, gleichartig. Eine unterschiedliche Behandlung erscheint somit nicht gerechtfertigt. Wollte man die unterlassene Belehrung einfach hinnehmen, würde man das Beweisverbot weitgehend entwerten. Der Umstand, daß es bei unterlassener Belehrung ungewiß ist, ob der Zeuge bei Belehrung von seinem Recht Gebrauch gemacht hätte, geht nach allgemeinen Revisionsgrundsätzen zu Lasten des Bestandes des Urteils. Für die in § 337 StPO geforderte Kausalität eines Verstoßes genügt nämlich die Feststellung, daß das Urteil möglicherweise auf dem Verstoß beruht. Hat allerdings der nicht belehrte - oder irrig belehrte - Zeuge sein Verweigerungsrecht gekannt und trotzdem ausgesagt, so beruht das Urteil ersichtlich nicht auf diesem Verstoß.

Gleiches gilt nach herrschender Ansicht, wenn der Zeuge nachträglich erklärt, er hätte auch bei ordnungsgemäßer Belehrung ausgesagt¹⁹⁶⁾. In diesen Fällen besteht daher keine Anfechtungsmöglichkeit.

Diese Grundsätze sind, was die Belehrungspflicht nach § 52 Abs. 2 StPO betrifft, allgemein anerkannt und ergeben sich namentlich auch aus der ständigen Rechtsprechung des RG und des BGH¹⁹⁷⁾. Nur die einschränkende Auslegung des § 337 StPO steht auch hier einer Ausdehnung auf § 55 Abs. 2 StPO entgegen. Lehnt man diese Auslegung ab, so drängt die wesensmäßige Verwandtschaft der beiden Verweigerungsrechte auch hier zu einer gleichmäßigen Behandlung.

Die Belehrung des Zeugen obliegt dem Richter, bei einem Kollegialgericht dem Vorsitzenden kraft seiner Befugnis, die Verhandlung zu leiten - § 238 Abs. 1 StPO -. Die Belehrung darf nicht einem Dritten, etwa dem Staatsanwalt oder dem Verteidiger überlassen werden; denn in diesem Falle besteht die Gewähr einer ordnungsgemäßen, objektiven Belehrung, die dem Zeugen die volle Entscheidungsfreiheit wahrt, nicht mehr. Ein Verstoß gegen diesen Grundsatz kann - wie der BGH in BGHSt 9, 195 feststellt - die Revision rechtfertigen. Hat der Dritte den Zeugen allerdings richtig belehrt, hat dieser also in voller Kenntnis seines Verweigerungsrechts ausgesagt, so wird der Verstoß kaum ursächlich für das Urteil gewesen sein und die Revision verspricht dann keine Aussicht auf Erfolg¹⁹⁸⁾. Die Pflicht zur Belehrung entsteht für den Richter nach allgemeiner Rechtsansicht erst, wenn ihn bestimmte Anhaltspunkte auf die Voraussetzungen des § 55 StPO hinweisen¹⁹⁹⁾. "Pflicht des Gerichts

196) S. KM Anm. 5 zu § 55 StPO; Eberh. Schmidt, Lehrkommentar, Erl. 21, zu § 52 StPO; Löwe-Rosenberg, Anm. 11 zu § 55 StPO.

197) S. KM Anm. 3 f, h, 6, Löwe-Rosenberg Anm. 10, Schwarz Anm. 4 B und Eberh. Schmidt, Lehrkommentar, Erl. 16, 21 je zu § 52 StPO und die dort zitierten Entscheidungen; Alsb erg - N ü s e S. 203 f.

198) S. dazu oben S. 86 f und Anm. 196. Diesen Gesichtspunkt hat BGHSt 9, 195 nicht geprüft.

199) S. OLG Frankfurt in NJW 51, 614. BGHSt 1, 40; K M Anm. 2 b, c, Löwe-Rosenberg Anm. 11 und Eberh. Schmidt, Lehrkommentar, Erl. 9 je zu § 55 StPO und die dort zitierten Entscheidungen.

ist es" allerdings, "die Möglichkeit solcher Anhaltspunkte ins Auge zu fassen. Werden sie verkannt, unterbleibt infolgedessen die Belehrung und stellt sich dann heraus, daß die Voraussetzungen vorlagen, so stellt die Nichtbelehrung prozeßordnungswidriges Verfahren dar²⁰⁰⁾. Andererseits verbieten es Wortlaut und Zweck des

§ 55 Abs.2 StPO natürlich keineswegs, den Zeugen von

vorneherein, bei Beginn der Sachvernehmung, grundsätzlich auch gem. § 55 Abs. 2 StPO zu belehren. Wird ein Verstoß gegen diese Bestimmung als Revisionsgrund anerkannt, so wird der Richter aus Sorge um den Bestand des Urteils lieber vorzeitig und mitunter unnötig belehren, als das Risiko der Aufhebung des Urteils durch das Revisionsgericht wegen unterlassener Belehrung auf sich zu nehmen.

Mit einer derartigen Übung, die sich auf Grund der erzieherischen Wirkung der Revision einspielen würde und die auch mit dem Gesetz durchaus im Einklang steht, würde übrigens den Bedenken weitgehend der Boden entzogen, die aus praktischen Erwägungen gegen die Zulassung der Revision beim Verstoß gegen § 55 StPO ins Feld geführt werden. Der Beschluß des BGH wertet diese Bedenken als Bestätigung für die Richtigkeit seiner Ansicht und führt aus: "Das Revisionsgericht kann in der Regel nicht prüfen, welche Fragen der Vorsitzende an den Zeugen gestellt und wie dieser darauf geantwortet hat Für den Freibeweis fehlt es fast immer an zuverlässigen Unterlagen. Dies gilt besonders dann, wenn gerügt wird, daß der Zeuge zu spät belehrt und demgemäß die Verwertung der von diesem Zeitpunkt gemachten Bekundungen ganz oder zum Teil unzulässig sei.... Auf die Rüge des Verfahrensverstosses sähe sich das Gericht in einem solchen Fall möglicherweise dazu

200) Eberh. S o h m i d t , Lehrkommentar Erl. 9 IV zu § 55 StPO.

gedrängt, im Rahmen des Freibeweises die Darstellung des Angeklagten über die Vorgänge in der Hauptverhandlung zu Grunde zu legen, weil sich ein Verfahrensfehler nicht ausschließen lasse²⁰¹⁾". Wie G o s s r a u²⁰²⁾ und Eberh. S c h m i d t²⁰³⁾ mit Recht betonen, sind die Schwierigkeiten für die Feststellung des Verstoßes übertrieben. Es gibt zahlreiche Fälle - so auch die vom BGH entschiedene Strafsache -, in denen die Verletzung der Belehrungspflicht ohne weiteres im Freibeweis zu erhärten ist. Für den Nachweis des Verfahrensverstosßes gilt der Grundsatz "in dubio pro reo" nicht. Für die Frage der Kausalität eines Verfahrensmangels genügt zwar die Feststellung, daß das Urteil darauf beruhen k a n n . Die Tatsachen aber, die den Verfahrensfehler selbst belegen sollen - § 344 Abs. 2 S. 2 StPO -, müssen bewiesen werden. Gelingt dies nicht, so ist die Revision als unbegründet zu verwerfen. Es kann also keine Rede davon sein, daß das Revisionsgericht zu einer Feststellung "gedrängt wird". Die gleichen Beweisschwierigkeiten können auch bei anderen anerkannt revisiblen Verfahrensverstößen auftreten.²⁰⁴⁾ Praktischen und rechtspolitischen Erwägungen kann bei der Auslegung des Gesetzes keine entscheidende Rolle zugebilligt werden. Rechtspolitik ist Sache des Gesetzgebers.

"Wird eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden von einer bei der Verhandlung beteiligten Person als unzulässig beanstandet, so entscheidet das Gericht" - § 238 Abs. 2 StPO -. Ob die Belehrung der Zeugen zur Sachleitung zu rechnen ist

201) Für B u s c h - LM 1958, 13/14 Bl. 671 ¹ sind diese Darlegungen des Beschlusses ersichtlich die entscheidenden und die wohl einzige Rechtfertigung für den Wechsel seiner Ansicht gegenüber seiner Bemerkung in JZ 1953, 703.

202) G o s s r a u in MDR 58, 468.

203) Eberh. S c h m i d t in JZ 58, 596.

204) S. oben S. 36 f.

und die Anrufung des Gerichts rechtfertigen kann, ist strittig. Teilweise wird bezweifelt, ob die Beweisaufnahme überhaupt der Sachleitung zuzurechnen ist²⁰⁵⁾. Die Belehrungen zählt man jedenfalls weitgehend der formellen Verhandlungsleitung zu, gegen die der Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO nicht möglich ist²⁰⁶⁾. Dieser Ansicht vermag ich nicht zu folgen. Die formelle Verhandlungsleitung umfaßt die Anordnungen des Vorsitzenden, die den äußeren Gang und die Form des Verfahrens gestalten und von Zweckmäßigkeitserwägungen bestimmt werden²⁰⁷⁾. Die Sachleitung aber ist die Tätigkeit des Vorsitzenden, die "auf die sachliche Förderung der Verhandlung"²⁰⁸⁾ selbst gerichtet ist. Sie umfaßt alle Prozeßhandlungen, die eine neue Prozeßlage auf dem Weg zum Prozeßziel, dem Urteil, schaffen²⁰⁹⁾. Belehrt nun der Vorsitzende unrichtig oder lehnt er die angeregte Belehrung ab, so entsteht natürlich für die Prozeßbeteiligten eine neue Prozeßlage. Der Umfang der Aussage des Zeugen ist für die Aufklärung des Sachverhalts, die Grundlage des Urteils, oft von entscheidender Bedeutung und daher geeignet, Anklagebehörde und Verteidigung in ihrem "prozeßerheblichen Verhalten zu motivieren",²⁰⁹⁾ z.B. neue Beweisangebote auszulösen. In diesen Fällen muß daher die Zwischenentscheidung des Gerichts mit der Behauptung, die Anordnung des Vorsitzenden sei gesetzlich^{lich} unzulässig, beantragt werden können.²¹⁰⁾ Soweit die Möglichkeit einer Beanstandung nach § 238 Abs. 2 StPO reicht, besteht nach herrschender Rechtsansicht aber auch die Gefahr, daß der Rügeberechtigte sein Recht auf Anfechtung des Urteils wegen dieses Verfahrensverstößes verwirkt, wenn er von dem

205) N i e s e in JZ 1953 S. 221.

206) S. K M Anm. 2, L ö w e - R o s e n b e r g, Anm. 10 b und Eberh. S c h m i d t Erl. 98 je zu § 238 StPO.

207) S. B e l l i n g, Deutsches Reichsstrafprozeßrecht S. 375.

208) K M Anm. 3 zu § 238 StPO.

209) Eberh. S c h m i d t Erl. 6 zu § 238 StPO.

210) S. auch K M Anm. 2 c zu § 55 (Hinweis auf BGH 4 StR 290/56 v. 27.9.56).

Zwischenrechtsbehelf des § 238 Abs. 2 StPO keinen Gebrauch macht. Die Bedenken gegen diese Lehre habe ich bereits oben dargelegt²¹¹⁾. Auf keinen Fall kann eine Verwirkung des Rückrechts bei unterlassener Beanstandung in den Fällen angenommen werden, bei denen sich der Angeklagte - mag er einen Verteidiger gehabt haben oder nicht - der Möglichkeit des § 238 Abs. 2 StPO überhaupt nicht bewußt war. Der Satz "ius vigilantibus scriptum" kann für das Strafverfahren nicht gelten. Hier darf der Ausgang des Verfahrens auf keinen Fall von der Tüchtigkeit oder gar Gerissenheit des Angeklagten oder seines Verteidigers abhängig sein. Ist die Belehrung überhaupt unterblieben - ohne daß der Vorsitzende sich dabei über eine darauf gerichtete Anregung hinweggesetzt hat -, so liegt eine sachleitende Anordnung, gegen die die Entscheidung des Gerichts angerufen werden könnte, nicht vor; denn die Belehrung hat von Amts wegen und unabhängig von Anträgen und Anregungen der Prozeßbeteiligten zu erfolgen. In solchen Fällen kommt daher jedenfalls eine Verwirkung des Anfechtungsrechts nicht in Betracht²¹²⁾.

d) Angesichts der wesensmäßigen Gleichartigkeit der Verweigerungsrechte nach § 52 und nach § 55 StPO lassen sich auch die Unterschiede nicht aufrecht erhalten, die der Beschluß des BGH in Übereinstimmung mit einem Großteil der Literatur und der Rechtsprechung bezüglich des U m f a n g e s des Verwertungsverbotes bei beiden Rechten macht. Für b e i d e Fälle gelten die Grundsätze, die bislang im wesentlichen nur für das Beweisverbot aus § 52 StPO entwickelt wurden.

Macht ein Zeuge vor Abschluß seiner Vernehmung nachträglich von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch, so darf er nicht weiter befragt werden und auch seine vorausgegangene Aussage kann für das

211) S. oben S. 30 Anm. 85, S. 37 f und die dort zitierten Autoren und Entscheidungen.

212) S. NJW 54, 1820 und BGHSt 3, 369.

Urteil nicht verwertet werden - beim Auskunftsverweigerungsrecht in dem durch § 55 StPO bestimmten Umfang -²¹³⁾). Das Gericht wird zur Vermeidung einer Aufhebung des Urteils zweckmäßigerweise ausdrücklich feststellen, daß es die von der Verwertung ausgeschlossene Aussage unberücksichtigt läßt²¹⁴⁾). Zum U r k u n d e n b e w e i s ist eine Aussage nur geeignet, wenn sie nach gehöriger Belehrung über die Verweigerungsrechte nach §§ 52 und 55 StPO getätigt wurde²¹⁵⁾). Da, wie bereits oben erwähnt, nur die richterliche Belehrung als prozeßordnungsgemäß gilt, entfällt bei nichtrichterlichen Vernehmungen die Verlesbarkeit schlechthin, mag auch der vernehmende Polizeibeamte oder Staatsanwalt tatsächlich belehrt haben²¹⁶⁾).

Der Beschluß des BGH beruft sich zur Bekräftigung seiner Ansicht, die Verletzung des § 55 Abs. 2 StPO schließe eine Verlesung nicht aus, auf die Schwierigkeiten, die bei gegenteiliger Praxis eintreten würden. Ich habe zu diesem Argument bereits oben²¹⁷⁾ allgemein Stellung genommen. Zum Verleseverbot macht der BGH besonders geltend, nur eine genaue Kenntnis der früheren Aussage ermögliche es dem Tatrichter, festzustellen, welcher Teil derselben unter das Auskunftsverweigerungsrecht und damit unter das Verwertungsverbot falle. "Inhaltlich unteilbare Aussagen" - so folgert der Beschluß weiter - "müßten von der Beweisaufnahme ausgeschlossen werden. Über diese Frage könnte sich das Gericht in der Hauptverhandlung aber erst ein Urteil nach Kenntnisnahme von dem Inhalt der Aussagen auf Grund ihrer - möglicherweise unzulässigen - Verlesung bilden". Die Darlegungen des BGH übersehen, daß § 251 Abs. 3 StPO

213) S. RGSt 44, 44 und KM Anm. 4 a zu § 55.

214) RGSt 29, 351; Eberh. Schmidt Lehrkommentar Erl. 21 zu § 52 StPO.

215) RGSt 32, 72 und 48, 359; Alsberg-Nüse S. 319.

216) Gleicher Ansicht bezüglich § 55 StPO auch B u s c h in JZ 53 S. 702, KM Anm. 3 b, 8 c und Eberh. S c h m i d t, Lehrkommentar Erl. 22 zu § 251 StPO.

217) S. 88 f.

die Verlesung von Vernehmungsprotokollen zu "anderen Zwecken als unmittelbar der Urteilsfindung" ausdrücklich gestattet. Die rein informatorische Verlesung, die nicht der Aufklärung des Sachverhalts, der Tat- und Schuldfrage dient, sondern der Feststellung prozessualer Tatsachen und der Vorbereitung prozessualer Entscheidungen, ist ohne die im Gesetz normierten Schranken zulässig²¹⁸⁾. Das Gericht kann sich also, ohne das Gesetz zu verletzen, die für den Umfang des Verleseverbotes notwendige Kenntnis verschaffen.

Nach § 252 StPO darf auch "die Aussage eines vor der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen, der erst in der Hauptverhandlung von seinem Recht, das Zeugnis zu verweigern, Gebrauch macht, nicht verlesen werden". Mit mehreren Autoren²¹⁹⁾ bin ich der Ansicht, daß diese Bestimmung auch auf das Verweigerungsrecht nach § 55 StPO Anwendung zu finden hat. Der Wortlaut des Gesetzes steht nicht entgegen. Auch in § 56 StPO

spricht das Gesetz allgemein von einer "Verweigerung des Zeugnisses", rechnet aber das Auskunftsverweigerungsrecht ausdrücklich dazu. Der Gesetzgeber verwendet den Ausdruck "Zeugnis verweigern" ersichtlich als Oberbegriff, der sowohl die vollständige, als^{auch} die teilweise Verweigerung des Zeugnisses umfaßt. Der Beschluß des BGH beruft sich bei seiner Ansicht, auf § 55 StPO finde § 252 StPO keine Anwendung, auch nicht auf den Text des Gesetzes, sondern auf die bereits oben behandelten und abgelehnten Gründe, nämlich den Wesensunterschied zwischen den Rechten aus § 52 und § 55 StPO und die Nichtberührung des Rechtskreises des Angeklagten im Falle eines Verstoßes gegen § 55 StPO. Fast einhellige Rechtsansicht ist es nunmehr, daß § 252 StPO über seinen Wortlaut hinaus nicht

218) S. S c h w a r z Anm. 6, Eberh. Schmidt, Erl. 32-35, KM Anm. 10 und L ö w e - R o s e n b e r g Anm. 17-19 je zu § 251 StPO.

219) KM Anm. 3 d, Eberh. S c h m i d t, Lehrkommentar Erl. 3 je zu § 252 StPO; A l s b e r g - N ü s e S. 100, 319.

nur ein Verlesungs-, sondern ein Verwertungsverbot enthält²²⁰⁾. Die frühere Aussage des Zeugen ist dadurch dem Beweis entzogen. Entgegen der konsequenten Betrachtungsweise B e l i n g s²²¹⁾ und Eberhard S c h m i d t s²²²⁾, die jede Verwertung der früheren Zeugenaussage ablehnen, läßt der BGH und mit ihm die herrschende Meinung eine Ausnahme von dem absoluten Beweisverbot des § 252 StPO zu, wenn der Zeuge bei einer früheren richterlichen Vernehmung nach Belehrung über sein Verweigerungsrecht ausgesagt hatte²²³⁾. In diesem Fall darf der Richter über die Aussage vernommen werden.

Das V e r w e r t u n g s v e r b o t bezieht sich n u r auf die unter Verletzung des Verweigerungsrechts erzielte A u s s a g e s e l b s t. Das Beweisverbot steht aber einer Verwertung von Beweismitteln, die auf Grund der fehlerhaften Aussage erlangt werden, nicht entgegen. Hat also etwa ein Zeuge in einer Vernehmung, die ohne vorherige ordnungsgemäße Belehrung durchgeführt wurde, das Versteck der Beute oder eines Tatwerkzeugs, den Ort, an dem das Opfer eines Tötungsdelikts vergraben wurde, angegeben, so dürfen diese Beweisstücke, die auf Grund der Aussage aufgefunden wurden, zur Überführung des Täters im Verfahren verwertet werden, obwohl die Aussage selbst auszumerzen ist. Hat die fehlerhafte Vernehmung die Feststellung eines Tatzeugen ermöglicht, so kann dieser vernommen werden. Es besteht auch kein prozessuales Hindernis, den zunächst unter Verletzung der §§ 52 Abs. 2 oder 55 Abs.2 StPO befragten Zeugen ein zweites Mal ordnungsgemäß zu vernehmen und

-
- 220) L ö w e - R o s e n b e r g , Anm.5, K M Anm. 1 a, Eberh. S c h m i d t , Lehrkommentar Erl.1, 2 je zu § 252 StPO; A l s b e r g - N ü s e S. 95-101 und dort zitierten Entscheidungen.
221) B e l i n g , Beweisverbote S.25.
222) Eberh. S c h m i d t , Lehrkommentar Erl. 6, 7 zu § 252 StPO.
223) BGHSt 2, 99; A l s b e r g - N ü s e S. 100; K M Anm. 1 b und L ö w e - R o s e n b e r g Anm. 6 zu § 252 StPO.
Die Einschränkung des Beweisverbotes, die der BGH nach eingehender Abwägung des öffentlichen Interesses an tunlichster Sachaufklärung und Verbrechensverfolgung mit der Rücksicht auf den Pflichtenwiderstreit des Zeugen getroffen hat, kann im Ergebnis durchaus gebilligt werden. Fraglich erscheint nur, ob das Gericht dabei nicht eine Entscheidung getroffen hat, die dem Gesetzgeber zustand - s. oben S. 7 f -.

diese Aussage dann im Verfahren zu verwerten²²⁴⁾. Was ein Zeuge auf Vorhalt einer unter Verletzung der §§ 52 oder 55 StPO erzielten und daher von der Verwertung ausgeschlossenen Aussage aus eigenem Wissen angibt, kann dem Urteil zu Grunde gelegt werden; denn dieses Beweisergebnis beruht nur m i t t e l b a r auf der Anwendung prozessual unzulässiger Mittel²²⁵⁾. Diese Grundsätze schränken die Auswirkungen der Beweisverbote erheblich ein und kommen den Belangen der Strafverfolgung sehr entgegen. Sie verraten die bereits oben²²⁶⁾ erwähnte Unempfindlichkeit unseres Strafverfahrens gegen fehlerhafte Beschaffung von Beweismitteln. Sie können im Einzelfall einen Anreiz bilden, sich über gesetzliche Beweisschranken hinwegzusetzen, und erscheinen daher für die Rechtsstaatlichkeit und für die Justizförmigkeit des Verfahrens nicht ganz ungefährlich²²⁷⁾.

Der Vollständigkeit halber sei noch darauf hingewiesen, daß das Beweisverbot aus § 55 StPO ebenso wie das aus § 52 StPO sich bei der Duldung der körperlichen Untersuchung nach § 81 c StPO und bei der Pflicht zur Herausgabe von Beweisgegenständen nach § 95 StPO auswirkt und im Zusammenhang mit diesen Bestimmungen verletzt werden

-
- 224) Die Verwertung der wiederholten Vernehmung soll sogar dann zulässig sein, wenn die erste, fehlerhafte Aussage kausal war oder ihr Einfluß sich bei der späteren Vernehmung auswirkte - s. BGH MDR 51, 658 -. Dagegen Eberh. S c h m i d t, Lehrkomm. Erl. 25 zu § 136 a StPO.
- 225) S. NJW 51, 389 (Erbs).
Unzulässig ist jeder Vorhalt, der dazu dienen soll, den Inhalt der Aussage eines Zeugen zu ermitteln, der nachträglich von seinem Verweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat. Was der Zeuge dazu angibt, kann nicht verwertet werden; denn das Gesetz will durch § 252 nicht nur den Urkundenbeweis über die frühere Aussage unterbinden, sondern das ganze Beweisthema ausmerzen. S. A l s b e r g - N ü s e S. 287 f und BGHSt 7, 194.
- 226) S. 78 ff.
- 227) Das Problem ist in der Literatur namentlich beim Beweisverbot des § 136 a StPO erörtert (Schwarz Anm. 3 B, Löwe-Rosenberg Anm. 11 k, KM Anm. 2, 5, Eberh. Schmidt, Lehrkomm. Erl. 22, 23 je zu § 136 a StPO und neuerdings ausführlich Baumann in GA 59, 32); die nämlichen Grundsätze gelten aber auch für die bedingten Beweisverbote nach §§ 52 und 55 StPO.

kann. Nach § 81 c Abs. 1 S. 2 StPO kann "die Untersuchung aus den gleichen Gründen wie das Zeugnis verweigert werden". Soweit das Ergebnis einer körperlichen Untersuchung des Zeugen für diesen oder einen seiner Angehörigen die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung heraufbeschwören würde, besteht somit keine Pflicht zur Duldung der Untersuchung²²⁸⁾. Eine Belehrung des Zeugen über sein Weigerungsrecht ist im Gesetz zwar nicht ausdrücklich vorgeschrieben; die Belehrungspflicht besteht aber, wie die herrschende Meinung aus dem "engen sachlichen Zusammenhang zwischen der Zeugnispflicht und der Duldungspflicht" schließt²²⁹⁾. Das trotz berechtigter Weigerung oder bei unterlassener Belehrung erzielte Untersuchungsergebnis darf für das Verfahren nicht verwertet werden. Einer nachträglichen Weigerung bzw. einem Widerruf der Zustimmung zur Untersuchung spricht der BGH allerdings eine die Verwertung des gewonnenen Ergebnisses ausschließende Wirkung ab; denn "nach beendeter Untersuchung ist ein Widerruf bedeutungslos"²³⁰⁾. Nach § 95 Abs. 2 S. 2 StPO schließlich können "gegen Personen, die zur Verweigerung des Zeugnisses berechtigt sind," die Zwangsmittel des § 70 StPO zur Erzwingung der Herausgabe von Beweisgegenständen nicht angewandt werden. Zu dem geschützten Personenkreis zählt nach herrschender Ansicht auch der Zeuge, dem ein Auskunftsverweigerungsrecht zusteht²³¹⁾. Gegenstände, die entgegen dieser Bestimmung unter Anwendung von Zwangsmitteln von einer verweigerungsberechtigten Person erlangt werden, dürfen im Verfahren nicht verwertet werden;

228) Für die Erstreckung des Untersuchungsverweigerungsrechts auf den Zeugen gem. § 55 StPO: KM Anm. 5, Löwe-Rosenberg Anm. 4, Eberh. Schmidt, Lehrkommentar Erl. 7 zu § 81 c StPO. Der BGH hat die Frage noch nicht entschieden.

229) S. Eberh. Schmidt JR 59, 369 und die dort zitierten Fundstellen, bes. BGH JR 1959, 388 (Großer Senat). Dort heißt es: "Auch im Falle des § 81 c StPO gilt eine Belehrungspflicht. Das folgt daraus, daß nach der Entstehungsgeschichte und dem Wortlaut des § 81 c StPO die Duldungspflicht nur im Rahmen der Zeugnispflicht bestehen soll und für diese eine Belehrung ausdrücklich vorgeschrieben ist. Im übrigen ist dies selbstverständlich; denn ein Recht, das man nicht kennt, kann man nicht ausüben".

230) S. JR 59, 388. Eberh. Schmidt hat dagegen berechnigte Bedenken erhoben - JR 59, 369.

231) KM, Vorbemerkung 7 b zu § 94 StPO, Löwe-Rosenberg Anm. 4 und Eberh. Schmidt, Lehrkommentar Erl. 7 zu § 95 StPO; Beling, Beweisverbote S. 14 und Niese S. 140.

"denn in diesem Falle würde die Schranke durchbrochen, die sich das Gesetz selbst in den §§ 52 - 55 hinsichtlich der Beweismittel gesetzt hat und die eine Beweiserhebung, die jenseits dieser Schranke liegt, unbeachtlich macht."²³²⁾

VII.

Die Daseinsberechtigung eines Begriffes hängt nach Ansicht von James Goldschmidt ²³³⁾ letztlich immer davon ab, was er leistet. Eine Theorie ist soviel wert, als sie praktisch nützt. Die "Rechtskreistheorie" des BGH hat bislang - soweit ich die Judikatur überblicken kann - nur dazu gedient, die Revisibilität des § 55 StPO auszuschließen. Der bisherige praktische Nutzen der Theorie für die Strafjustiz ist allenfalls darin zu erblicken, daß Schwierigkeiten, die bei der Feststellung eines Verstoßes gegen § 55 StPO auftreten können - die aber auch bei anderen, anerkannt revisiblen Verfahrensverstößen vorkommen -, und in einem gewissen Umfang Beweisverluste vermieden werden. Andererseits gibt aber die prozeßtheoretisch abzulehnende Lehre von der wesentlichen Berührung des Rechtskreises dem § 337 StPO eine so unklare und unbestimmte Deutung, daß die Praxis bei der Prüfung der wichtigen Frage, welche Verfahrensverstöße die Revision zu rechtfertigen vermögen, vor erhebliche und kaum lösbare Zweifelsfragen gestellt wird. Die genannten "Vorteile" werden durch diese Unklarheit nicht nur auf, sondern überwogen.

Was den Großen Senat über seine rechtsdogmatischen Überlegungen hinaus bei der Entscheidung der Vorlegungsfrage maßgeblich beein-

232) N i e s e S. 140. Gleicher Ansicht auch Eberh. Schmidt, Lehrkom. Erl.10 zu § 95 StPO und Beling, Beweisverbote S.14.

KM lehnt dagegen hier ein Beweisverbot ab - Vorbem.7 b zu § 94 StPO -.

233) Goldschmidt S.4.

flußt hat, verrät der Beschluß in seinem letzten Absatz im Anschluß an den oben angeführten Hinweis, die schwierige Beweislage könne das Revisionsgericht dazu drängen, die Schilderung des Angeklagten über die Vorgänge in der Hauptverhandlung zu Grunde zu legen, mit der Bemerkung: "Der Angeklagte könnte mithin durch die Erhebung der Rüge leicht eine ungerechtfertigte Aufhebung des Urteils und in der neuen Hauptverhandlung auf Grund einer Auskunftsverweigerung des Zeugen nach Belehrung unter Umständen den Ausschluß eines ihn belastenden Beweismittels erreichen. Daß ein Schuldiger auf diese Weise zur Abwendung seiner Verurteilung gelangen kann, widerspricht dem Sinn des Verfahrensrechts".

Aus diesen Sätzen spricht der - verständliche - Unmut darüber, daß in dem zu entscheidenden Fall der Angeklagte, an dessen Schuld nicht zu zweifeln war, sich dadurch der wohlverdienten Strafe zu entziehen versuchte, daß er eine ihm günstige Prozeßsituation ausnützte, daß er sich mit dem nicht für ihn, sondern für den Zeugen geschaffenen Recht auf Verweigerung der Auskunft decken wollte. Derartige Situationen kommen im Strafverfahren nicht nur im Zusammenhang mit § 55 StPO, sondern auch bei anderen Verfahrensbestimmungen, nicht zuletzt auch bei dem Zeugnisverweigerungsrecht nach § 52 StPO vor. Sie verführen den Laien zu der Ansicht, die StPO enthalte Spielregeln, die es zum Nachteil der Gerechtigkeit und einer wirksamen Verbrechensbekämpfung dem gerissenen Angeklagten ermöglichen, sich der gerechten Strafe zu entziehen. Sie wecken beim Richter mitunter den Wunsch, nach Möglichkeit zu Gunsten der Gerechtigkeit, ja der Vernunft hier korrigierend einzugreifen. Es ist bezeichnend, daß auch das RG einmal seine Geneigtheit, sich über die sonst anerkannte Revisibilität des § 52 Abs. 2 StPO hinwegzusetzen, damit begründete, daß durch die Verwertung eines unter Verletzung der Belehrungspflicht zustande gekommenen Zeugnisses "die Ermittlung der Wahrheit, da die Benutzung eines an sich zulässigen Beweismittels dem Zweck des Strafprozesses nur förderlich, nie hinderlich sein kann, nicht gehindert wird"²³⁴).

²³⁴) RGSt 32, 157.

Zweifelloos ist es "Sinn des Verfahrensrechts" und "Zweck des Strafprozesses", die Wahrheit zu ermitteln, die Schuld des Täters festzustellen und ihn der gerechten Strafe zuzuführen. Unsere rechtsstaatliche Ordnung fordert und gestattet aber die Aufklärung der Verbrechen nicht um jeden Preis und mit jedem zweckmäßigen Mittel, sondern nur in einem gesetzlich geregelten Verfahren und unter Beachtung bestimmter Formen. Im Einzelfall mag die Mißachtung dieser sogenannten "J u s t i z f ö r m i g k e i t" des Verfahrens²³⁵⁾ nicht dazu geführt haben, daß ein Unschuldiger verurteilt, daß das materielle Recht verletzt wurde. Dieser Umstand verführt leicht dazu, Verstöße gegen die Justizförmigkeit zu bagatellisieren und der Aufklärung von Verbrechen hinderliche Bestimmungen einfach beiseite zu schieben mit der Begründung, man diene damit der Gerechtigkeit. Will man aber der Bedeutung der Justizförmigkeit des Verfahrens für unser Rechtsleben und auch für den einzelnen Rechtsgenossen gerecht werden, so muß man sich vom Einzelfall und von der Einzelbestimmung lösen und die G e s a m t h e i t dieser Normen aus einer gewissen Distanz betrachten²³⁶⁾. Sie erscheinen dann als eine Schutzmauer, die der Gesetzgeber zur Wahrung der Gerechtigkeit im Strafverfahren errichtet hat. Die Erfahrung vieler Jahrhunderte lehrt, daß für die Strafjustiz latent stets die Gefahr des Mißbrauchs besteht, sei es durch Einflußnahme der Staatsgewalt, sei es durch die Willkür oder die Fehlsamkeit des Richters. Diesen Gefahren begegnet generell die Justizförmigkeit des Verfahrens. Sie dient somit, ebenso wie die Aufklärung des Verbrechens der G e r e c h t i g k e i t und garantiert für den Bürger das "Geborgensein im Recht"²³⁶⁾. Sie ist, wie N i e s e ²³⁷⁾ bemerkt, "keine prozeßtechnische Frage, sondern ein Essentiale der Prozeßidee". Wenn sie im Einzelfall einmal dazu führt, daß ein Schuldiger nicht verurteilt werden kann, so ist dies ein Tribut, den die Rechtsgemeinschaft für die rechtsstaatliche Grund-

235) S. oben S.23.

236) Eberh. Schmidt in ZStrW 65 S.161.

237) Niese ZStrW 63 S.214.

haltung ihrer Rechtsordnung und für den Bestand dieser Schutzmauer gegen das - mögliche - Unrecht zu bringen hat, ein Opfer also, das aus dieser Sicht durchaus vertretbar erscheint und der Idee der Gerechtigkeit keineswegs widerspricht.

Nun verkenne ich nicht, daß § 55 StPO - ebenso wie § 52 StPO - nicht eigentlich zu dem **Zwecke** geschaffen wurde, den **Angeklagten** vor Unrecht im Strafverfahren, z.B. vor einer ungerechten Verurteilung zu schützen. Wie ich oben dargelegt habe, kann sich die Verletzung der Verweigerungsrechte, namentlich auch die Mißachtung der Belehrungspflicht auf die Wahrheitsfindung aber doch **auswirken**. Die Bestimmungen der §§ 52 und 55 StPO erscheinen so doch als ein, wenn auch unbedeutender Teil der Schutzfront für den Angeklagten. Aber wer aus einer Schutzmauer nur einen Stein herausbricht, gefährdet das Ganze.

Justizförmigkeit bedeutet nicht nur Schutz des Angeklagten, sondern auch Wahrung von **Rechten Dritter** im Prozeß, denen der Gesetzgeber den **Vorrang** vor den Belangen der Strafrechtspflege eingeräumt hat. Zu diesen Rechten zählen die des Zeugen auf vollständige oder teilweise Verweigerung der Aussage. Der Gesetzgeber nimmt die durch sie bedingte Einschränkung der Aufklärungsmöglichkeit hin, um dem Zeugen einen schweren menschlichen Konflikt zu ersparen. Die Achtung vor der Persönlichkeit des Zeugen und vor seiner Menschenwürde, die diese Rücksichtnahme verrät, ist ein Ausfluß der rechtsstaatlichen Grundeinstellung der StPO, eine Einstellung, die unsere ganze Rechtsordnung seit 1945 besonders betont.

Entgegen der oben wiedergegebenen Aussicht des BGH widerspricht es demnach keineswegs dem "**Sinn des Verfahrensrechtes**", daß die Wahrung des Rechts eines Zeugen auf Auskunftsverweigerung zu einer Einengung der Aufklärung eines Delikts und infolgedessen möglicherweise zu einem - unverdienten - Freispruch eines Schuldigen führt. Diese Konsequenz entspricht vielmehr durch-

aus dem Willen des Gesetzgebers, der aus wohlüberlegten Gründen dem Recht des Zeugen bewußt den Vorrang eingeräumt hat. Hätte der BGH die Revision zugelassen und dadurch dem Zeugen die Möglichkeit verschafft, in der neuen Hauptverhandlung nach ordnungsgemäßer Belehrung sich frei darüber zu entschließen, ob er aussagen will oder nicht, so wäre nur die Prozeßsituation wiederhergestellt geworden, die bei Achtung des Rechts des Zeugen, bei gesetzesmäßiger Verhandlungsführung hätte eintreten müssen. Der Laie wird es auch nicht verstehen, daß, wie G o s s r a u ²³⁸⁾ sich drastisch ausdrückt, der Angeklagte "im Gefängnis sitzt, weil das Gericht eine zwingende Verfahrensvorschrift verletzt hat".

Was an der Prozeßsituation bei Zulassung der Revision zunächst noch befremden könnte, ist der Umstand, daß das dem Zeugen eingeräumte Recht vom Angeklagten vertreten und ins Feld geführt wird. Die Zivilprozeßordnung gestattet es dem Zeugen selbst, sein Recht auf Verweigerung des Zeugnisses in einem besonderen Zwischenstreit gegenüber dem Beweisführer geltend zu machen und ein anfechtbares, der Rechtskraft fähiges Urteil darüber herbeizuführen - §§ 387 ff ZPO -. In dem völlig anders gestalteten, von der Initiative des Richters beherrschten Strafverfahren ist für eine derartige Regelung kein Raum. Hier kann der Zeuge - abgesehen von der Möglichkeit, das Zeugnis zu verweigern und sich dadurch den Zwangsmaßregeln des § 70 StPO auszusetzen - die Beeinträchtigung seines Rechts durch das erkennende Gericht nicht hindern und sein verletztes Recht auch nicht selbst verfolgen. Erst in der Revisionsinstanz wird endgültig über die Berechtigung der Weigerung entschieden. Diese Entscheidung ist aber, da der Zeuge selbst das Urteil nicht anfechten kann, nur möglich, wenn Staatsanwalt oder Angeklagter diesen Verstoß rügen. Freilich kann die Aufhe-

238) MDR 58 S.468.

bung des Urteils durch das Revisionsgericht die stattgefundene Verletzung des Rechts nicht ungeschehen machen. Diese nachträgliche Genugtuung der Aufhebung ist aber die einzige prozessuale Konsequenz, die das Verfahren auch sonst - abgesehen von den wenigen Fällen der Nichtigkeit - kennt. Der Schutz, der darin für das Recht des Zeugen liegt, ist ein mittelbarer. Er beruht auf der erzieherischen Wirkung der Revision. Der Richter, der weiß, daß ein Verstoß gegen das Verweigerungsrecht zur Aufhebung des Urteils führen kann, wird sich bemühen, das so geschützte Recht zu achten.

Daß schließlich die Revisionsrüge wegen Verletzung des Verweigerungsrechts nicht etwa nur dem *S t a a t s a n w a l t* als dem objektiven "Hüter des Gesetzes", sondern auch dem *A n g e k l a g t e n* gestattet ist, der für sich daraus Nutzen ziehen kann, entspricht dem in der StPO verankerten Prinzip der "*W a f f e n g l e i c h h e i t*"²³⁹⁾ zwischen Staatsanwalt und Angeklagtem, das beiden Prozeßbeteiligten gleiche Rechte und Pflichten zumißt. Da der Angeklagte gegenüber dem mit Amtsbe-fugnissen ausgestatteten Staatsanwalt gleichwohl von vorneherein ungünstiger gestellt ist, begünstigt der Gesetzgeber den Angeklagten zum Ausgleich sogar noch in mancher Beziehung gegenüber seinem "Gegner". Zu den Bestimmungen, die diesem Ziele - favor defensionis - dienen, zählt namentlich auch § 339 StPO. Er untersagt dem Staats-anwalt die Revision zu Ungunsten des Angeklagten wegen Verletzung von Rechtsnormen, die lediglich zu Gunsten des letzteren gegeben sind. Der - begünstigte - Angeklagte dagegen ist in seinen Re-visionsgründen nicht beschränkt. Er kann nach dem Willen des Ge-setzes das Urteil auch anfechten, wenn es auf der Verletzung des Rechtes eines Dritten beruht.

Von der angekündigten *S t r a f p r o z e ß r e f o r m*

239) S. Beling, Reichsstrafprozeßrecht S. 136 f.

möchte man mit Eberh. S c h m i d t ²⁴⁰⁾ die Lösung der Zweifelsfragen erhoffen, die im Zusammenhang mit den Beweisverboten bislang noch bestehen. Eine grundsätzliche Änderung der Materie ist aber wohl nicht zu erwarten. Möglicherweise wird, namentlich von der Praxis, zur Reform die Forderung erhoben, den Belangen der Strafrechtspflege in manchen Punkten den Vorrang zu geben. Vielleicht taucht auch wieder der schon von B e l i n g ²⁴¹⁾ geäußerte Gedanke auf, die Verweigerungsrechte wenigstens bei schweren Verbrechen einzuschränken. Gerade die Beweisverbote sind aber im Strafverfahren der sichtbare Niederschlag, ja der Gradmesser der rechtsstaatlichen Grundeinstellung. Es würde daher unserer Rechtsentwicklung seit 1945, die den Geist des Rechtsstaates auch in der Strafrechtspflege fordert, zuwiderlaufen, hier Einschränkungen zu normieren.

240) JR 1959 S. 373.

241) Beling, Beweisverbote S. 31 f.

Lebenslauf

Ich bin am 27.2.1913 in Kirchehrenbach (Oberfranken) geboren. Ich besuchte 4 Jahre die Volksschule und 9 Jahre das Gymnasium. Vom Sommersemester 1933 bis zum Wintersemester 1936 - unterbrochen durch ein halbes Jahr Arbeitsdienst im Sommersemester 1935 - studierte ich dann an der Universität Erlangen Rechts- und Staatswissenschaften. Im Dezember 1936 legte ich das 1. juristische Staatsexamen ab. Anschließend erhielt ich an den Amtsgerichten Forchheim und Bamberg, am Landgericht Bamberg und am Landratsamt Forchheim meine Ausbildung als Gerichtsreferendar. Im August 1939 wurde ich zur Wehrmacht eingezogen und war dann während des ganzen Krieges Soldat. Während eines Urlaubs nach dem Westfeldzug (1940) legte ich die große juristische Staatsprüfung ab und wurde in den Justizdienst übernommen.

Ab Frühjahr 1947 fand ich als Richter beim Amtsgericht Bamberg Verwendung. Ich war abwechselnd in der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Vormundschafts- und Nachlaßsachen, Grundbuchamt und Registergericht), in Strafsachen (Einzelstrafrichter, Schöffenrichter und Beisitzer bei der Großen Strafkammer des Landgerichts Bamberg) und in Zivilsachen tätig. Außerdem schulte ich vorübergehend Rechtspflegeranwärter und war Leiter einer Referendararbeitsgemeinschaft. 1951 beteiligte ich mich an dem vom Staatsministerium der Justiz veranstalteten Wettbewerb bayerischer Juristen - Thema: "Das Verhältnis von Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit nach deutschem Recht" - und erhielt den 3. Preis.

1953 kam ich als Erster Staatsanwalt zur Staatsanwaltschaft Coburg. Im folgenden Jahr wurde ich zur Staatsanwaltschaft beim Oberlandesgericht Bamberg versetzt und dort 1958 zum Oberstaatsanwalt ernannt.

